

Les marchés publics : étude des obligations internationales du Canada, du GATT à l'ALENA

Nathalie Belley

Volume 36, numéro 2, 1995

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043336ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043336ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Belley, N. (1995). Les marchés publics : étude des obligations internationales du Canada, du GATT à l'ALENA. *Les Cahiers de droit*, 36(2), 503–548.
<https://doi.org/10.7202/043336ar>

Résumé de l'article

Le but premier du présent article est de fournir au lecteur une analyse détaillée et critique du chapitre 10 de l'ALENA qui traite des marchés publics. Le texte constitue aussi une introduction aux obligations internationales du Canada en matière de marchés publics puisqu'il en rappelle les sources et les concepts de base. Aussi l'auteure commente-t-elle, dans sa première partie, le *Code sur les marchés publics* du GATT de 1979, tout en demeurant critique quant à son influence au Canada. Par la même occasion, elle met en relief les dispositions intéressantes du nouveau *Code du GATT sur les marchés publics* adopté à l'issue des négociations de l'Uruguay Round, en décembre 1993. Le chapitre 13 de l'ALENA est lui aussi abordé par l'auteure; cependant, dans ce cas, c'est surtout la tribune de contestation des marchés qui a retenu son attention.

Les marchés publics : étude des obligations internationales du Canada, du GATT à l'ALENA*

Nathalie BELLEY**

Le but premier du présent article est de fournir au lecteur une analyse détaillée et critique du chapitre 10 de l'ALENA qui traite des marchés publics. Le texte constitue aussi une introduction aux obligations internationales du Canada en matière de marchés publics puisqu'il en rappelle les sources et les concepts de base. Aussi l'auteure commente-t-elle, dans sa première partie, le Code sur les marchés publics du GATT de 1979, tout en demeurant critique quant à son influence au Canada. Par la même occasion, elle met en relief les dispositions intéressantes du nouveau Code du GATT sur les marchés publics adopté à l'issue des négociations de l'Uruguay Round, en décembre 1993. Le chapitre 13 de l'ALE est lui aussi abordé par l'auteure ; cependant, dans ce cas, c'est surtout la tribune de contestation des marchés qui a retenu son attention.

The primary purpose of this paper is to provide the reader with a detailed and critical analysis of Chapter 10 of NAFTA which deals with government procurement. The text is also intended to be an introduction to Canada's international obligations regarding government procurement since it reviews their sources and basic concepts. As such, in the first part the author comments on the 1979 GATT Agreement on Government Procurement while remaining critical with regard to its impact on Canada. In the same vein, she emphasizes interesting provisions under the new GATT Agreement on Government Procurement adopted at the Uruguay Round negotiations in December 1993. Chapter 13 of the FTA is also addressed by

* L'auteure désire exprimer sa gratitude au professeur Ivan Bernier pour son appui.

** Étudiante de deuxième cycle, Faculté de droit, Université Laval ; avocate.

the author; yet under this heading she mainly deals with the tribunal for challenging such procurement.

	<i>Pages</i>
1. Les obligations internationales du Canada en matière de marchés publics	507
1.1 Le Code sur les marchés publics : son objet et les comportements qu'il vise à réprimer	507
1.2 Le champ d'application du CMP	511
1.2.1 Le CMP de 1979	511
1.2.2 Le CMP de 1996	512
1.3 Une description sommaire des règles du CMP	513
1.3.1 Les modes de passation des marchés prévus dans le CMP	513
1.3.1.1 La procédure d'appel d'offres sélective	514
1.3.1.2 La procédure de gré à gré	514
1.3.1.3 Les appels d'offres sur mesure (spécifications techniques)	515
1.3.2 La préinformation et les délais	516
1.3.3 La transparence des procédures	516
1.3.4 L'adjudication du marché	517
1.3.4.1 Les opérations de compensation	517
1.3.5 La postinformation	518
1.4 La réception du CMP de 1979 au Canada et celle qui est prévue pour le CMP de 1996	520
1.5 L'ALE et les marchés publics	523
1.5.1 L'innovation majeure de l'ALE : la création de la Commission de révision des marchés publics	524
1.5.2 Le mandat et les pouvoirs de la Commission de révision des marchés publics	525
1.5.3 Les éléments constitutifs de la compétence de la Commission de révision des marchés publics	526
2. L'ALENA et les marchés publics	527
2.1 Le champ d'application du chapitre 10 de l'ALENA	528
2.1.1 Les entités visées	528
2.1.2 Les marchés publics visés	530
2.1.3 Les seuils	532
2.1.4 La définition de marché	532
2.2 Une brève description de l'ALENA par points saillants	533
2.2.1 La valeur estimée	534
2.2.2 La règle du traitement national	534
2.2.3 Le refus d'accorder des avantages	535
2.2.4 Les règles d'origine	536
2.2.5 L'interdiction des compensations	536
2.2.6 Les spécifications techniques	537

2.3 Les règles de passation des marchés et les dispositions générales du chapitre 10 de l'ALENA	537
2.3.1 La qualification des fournisseurs, la préinformation, les délais et la documentation relative à l'appel d'offres	538
2.3.2 La présentation, la réception et l'ouverture des soumissions ainsi que l'adjudication du marché	540
2.3.3 La postinformation.....	540
2.3.4 Les procédures de passation des marchés	542
2.3.5 La contestation des offres	543
2.3.6 Des dispositions d'ordre général	544
Conclusion	546

Depuis le 1^{er} janvier 1994, le Canada, les États-Unis et le Mexique ont signé un accord de libre-échange nord-américain¹. Cette entente tripartite de libéralisation des échanges, communément nommée « ALENA », a supplanté depuis son entrée en vigueur l'Accord de libre-échange (ALE) qui liait le Canada et les États-Unis depuis le 1^{er} janvier 1989².

Même si quelques dispositions de l'entente bilatérale canado-américaine continuent encore de trouver application dans certains cas³, c'est au texte de l'ALENA qu'il faut dorénavant s'en remettre. Ainsi, le chapitre 13 de l'ALE portant sur les marchés publics doit maintenant céder le pas au chapitre 10 de l'ALENA.

Les marchés publics, ces contrats en vertu desquels l'État se procure des biens, des services ou encore fait exécuter des travaux de construction, représentent une part importante de l'économie du Canada, des États-Unis et du Mexique. Au Canada, par exemple, on estime que les dépenses totales relatives aux marchés publics sont de l'ordre de 60 milliards de dollars, représentant ainsi 18 p. 100 du produit national brut⁴. De plus, en 1991 les

1. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44.

2. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada — États-Unis*, L.C. 1988, c. 65.

3. Voir notamment les chapitres suivants de l'ALENA dans MINISTÈRE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES, *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, décembre 1987 : chapitre 3, annexe 300-A : Commerce et investissement dans le secteur de l'automobile ; annexe 302.2 : Abaissement des tarifs douaniers entre le Canada et les USA selon l'échéancier prévu à l'ALE ; chapitre 7 : Agriculture et mesures sanitaires et phytosanitaires, section A : Agriculture.

4. Il est à noter cependant que cette approximation, datant de 1986, inclut les marchés du fédéral, des provinces, des gouvernements locaux, des écoles, des hôpitaux et des entreprises publiques. Voir : D. LEMIEUX, « Legal Issues Arising from Protectionist

marchés publics fédéraux accaparaient à eux seuls une somme de 16 milliards de dollars ; de ce nombre, 8 milliards de dollars de marchés, dont 3 milliards de dollars de marchés non concurrentiels, avaient été adjugés par le ministère des Approvisionnements et Services⁵.

L'ouverture à la concurrence des marchés publics dans le cadre des accords de libre-échange ne peut donc pas être négligée. Dans cet ordre d'idée, l'objectif principal de notre exposé est de faire l'étude et l'évaluation du chapitre 10 de l'ALENA. Toutefois, avant d'aborder l'étude proprement dite du chapitre en question, nous résumerons l'évolution du droit des marchés publics au Canada depuis la signature du *Code du GATT sur les marchés publics* de 1979 jusqu'à celle, en décembre 1993, du nouveau *Code du GATT sur les marchés publics*, issu des négociations de l'Uruguay Round. Par la même occasion, nous commenterons brièvement, puisque dorénavant c'est au chapitre 10 de l'ALENA qu'il faut faire référence, le chapitre 13 de l'ALE traitant des marchés publics. Nous insisterons cependant davantage sur la description du rôle et des pouvoirs de la tribune de contestation des marchés connue sous le nom de « Commission de révision des marchés publics », dans le cadre de l'ALE, et maintenant sous l'appellation, plus générale, de « la Division de l'examen des marchés publics du Tribunal canadien du commerce extérieur », en vertu du régime de l'ALENA.

Le retour aux sources des obligations internationales du Canada en matière de marchés publics nous permettra une appréciation plus juste de la portée du chapitre 10 de l'ALENA. Il faut toutefois remarquer que nous ne nous attarderons que brièvement sur les nouvelles ententes de libéralisation des marchés qu'a signées le Québec avec les autres provinces canadiennes dans la perspective commune d'éliminer les principales barrières au commerce interprovincial⁶.

Government Procurement Policies in Canada and the United States », (1988) 29 C. de D. 369, 373.

5. COMMISSION DE RÉVISION DES MARCHÉS PUBLICS, *Rapport Annuel 1991 de la Commission de révision des marchés publics*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1991, p. 8.
6. *Accord intergouvernemental relatif aux marchés du secteur public*, Québec, 21 novembre 1991 ; pour l'analyse de cet accord, voir : D. LEMIEUX, S. ROUSSEAU et C. BERGERON, « Vers une redéfinition de la politique d'achat du Québec », (1994) 37 *Adm. pub. Can.* 48, 63-72. Il est à remarquer que l'*Accord intergouvernemental relatif aux marchés du secteur public* cédera le pas au chapitre 5 de la partie IV de l'*Accord sur le commerce intérieur*, signé le 18 juillet 1994, lorsque celui-ci entrera en vigueur ; *Entente Québec-Ontario sur les achats gouvernementaux et la mobilité de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, Québec, 24 décembre 1993 ; *Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et de l'Ontario*, Québec, 3 mai 1994 ; *Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et du Nouveau-Brunswick*, Québec, 1^{er} avril 1994.

1. Les obligations internationales du Canada en matière de marchés publics

En matière de marchés publics, c'est le *Code sur les marchés publics* du GATT de 1979 qui, à l'heure actuelle, dispose des droits et obligations des États qui y ont adhéré. Cependant, ce code sera remplacé, en janvier 1996, par le nouveau *Code* du GATT *sur les marchés publics* qui a été adopté à l'issue des négociations de l'Uruguay Round, en décembre 1993. L'entrée en vigueur du nouveau Code marquera une évolution importante du droit des marchés publics, car son champ d'application dépassera largement celui de son prédécesseur. Du coup, les obligations internationales du Canada en matière de marchés publics prendront encore plus de place en droit interne en atteignant alors des sphères d'activité et des entités dont l'attribution des marchés n'était, auparavant, soumise à aucune réglementation stricte de mise en concurrence.

Ainsi, compte tenu des changements qui se produiront sous peu, notre analyse du Code de 1979 sera faite en parallèle avec celle du Code de 1996. Par contre, nous nous limiterons à souligner les principales nouveautés, car, à la base, les deux textes demeurent très proches l'un de l'autre.

1.1 Le *Code sur les marchés publics* : son objet et les comportements qu'il vise à réprimer

Le Code sur les marchés publics établit :

un cadre international concerté de droits et d'obligations concernant les lois, règlements, procédures et pratiques en matière de marchés publics en vue de réaliser l'expansion et une libéralisation plus large du commerce mondial et d'améliorer le cadre international qui régit le commerce mondial⁷.

Un code de conduite en cette matière se devait d'être adopté puisque le secteur des marchés publics comportait plusieurs barrières non tarifaires qui empêchaient les fournisseurs étrangers d'accéder à ce secteur d'activité. Par exemple, les États utilisaient souvent leurs marchés publics dans le but de favoriser leurs entreprises nationales au détriment des fournisseurs étrangers.

En fait, même si, la plupart du temps, le processus d'octroi d'un marché public est réglementé, il fournit plus d'une occasion à l'État qui désire adopter des comportements protectionnistes de le faire.

Ainsi, un État peut notamment rendre discriminatoire envers les entreprises étrangères le processus de qualification de ses fournisseurs. Il peut,

7. Préambule du *Code sur les marchés publics* de 1979 et de 1996 (ci-après cité : « CMP »).

par exemple, restreindre la diffusion de l'information entourant les procédures de qualification ; il peut aussi refuser de qualifier un fournisseur parce que celui-ci n'est pas titulaire de telle licence ou de tel permis.

Les barrières non tarifaires peuvent également intervenir à plusieurs autres niveaux dans le processus de passation d'un marché public, la qualification n'étant qu'une étape préliminaire que doit franchir un fournisseur étranger.

Ainsi, le manque de publicité qui caractérise une procédure d'appel d'offres sur invitation, où le nom des soumissionnaires invités est généralement puisé dans des listes préconstituées de fournisseurs qualifiés, nuit aux fournisseurs étrangers. D'abord, l'existence même de ces listes peut ne pas avoir été portée à leur connaissance. Ensuite, même si le fournisseur étranger connaît l'existence de ces listes, il peut éprouver des difficultés lors de sa demande d'inscription. De plus, lorsqu'il est inscrit sur ces listes, rien ne garantit au fournisseur étranger que le pouvoir adjudicatif ne donnera pas préséance aux entreprises nationales inscrites. Il en va de même si c'est la procédure du marché négocié qui est utilisée, car, dans un tel cas, l'entité octroyant le marché communique directement avec le fournisseur de son choix. L'imposition de délais trop courts pour présenter une offre constitue un autre obstacle à la participation de fournisseurs étrangers qui ne peuvent, par exemple, nouer des liens d'affaires avec des entreprises nationales.

Enfin, à eux seuls, ce sont sûrement les critères d'adjudication du marché qui constituent la barrière la plus difficile à franchir pour un fournisseur étranger. D'abord ceux-ci ne sont pas toujours connus à l'avance par le fournisseur. De plus, outre les critères d'adjudication se rapportant directement à l'objet du marché et au prix, diverses politiques d'achat préférentielles peuvent être appliquées par les pouvoirs adjudicatifs, et cela, sans qu'il en soit fait état dans l'avis de marché. Le manque de transparence et l'usage de politiques d'achat détournent donc de leur but premier les marchés publics. Ceux-ci deviennent des instruments politiques qui permettent de promouvoir l'expansion des entreprises nationales, de soutenir des entreprises en situation économique précaire, de diminuer le chômage dans les régions, etc.⁸.

8. SECRÉTARIAT DE LA COMMISSION PERMANENTE DES ACHATS, *Décision du Conseil des ministres n° 92-066, du 26 mars 1992, Concernant le texte refondu de la Politique d'achat incorporant les décisions prises à la réunion du 18 septembre 1991 de la Commission permanente des achats*, Québec, Ministère des Approvisionnements et Services, 1992 ; D. LEMIEUX, S. ROUSSEAU et C. BERGERON, *loc. cit.*, note 6 ; I. BERNIER, « L'économie québécoise face à la concurrence extérieure : les fondements scientifiques de la politique d'achat préférentielle du Québec », *Études internationales*, vol. XV, n° 1, mars 1984, p. 61.

Aussi, dans la majorité des États membres du GATT, compte tenu des comportements protectionnistes que nous avons mis en évidence, le traitement national ne trouvait, la plupart du temps, aucune application dans le secteur des marchés publics. C'est donc ce à quoi les parties membres du GATT ont voulu remédier lors de l'adoption du *Code sur les marchés publics* (CMP) à l'issue des négociations multilatérales du GATT qui se sont déroulées de 1973 à 1979 (Tokyo Round). Le Canada et les États-Unis ont tous les deux adhéré à ce code ; le Mexique, quant à lui, ne faisait pas partie du nombre des signataires. Il convient aussi de rappeler que, jusqu'à l'adoption du *Code sur les marchés publics*, les comportements protectionnistes des États ne violaient cependant pas la règle du traitement national du GATT ; celle-ci excluait de son application les achats effectués par les gouvernements⁹. Le *Code sur les marchés publics* est, par conséquent, venu modifier la situation, et c'est à partir de ce moment que les comportements ont dû commencer à s'adapter au nouvel encadrement juridique.

Les États signataires du CMP n'étaient, par contre, pas tous animés de la même volonté d'ouverture de leurs marchés publics nationaux. Disons, par exemple, que le Canada était beaucoup moins empressé que la Communauté économique européenne de voir s'édifier un code favorisant le traitement national en matière de marchés publics¹⁰. Permettre un réel accès aux entreprises étrangères en les traitant sur un même pied que les entreprises nationales implique en effet non seulement des changements institutionnels importants, mais, plus encore, des changements d'attitude des politiciens. C'est surtout à ce niveau que, la plupart du temps, le bât blesse. Car, politiquement, il est difficile pour un État d'abandonner le levier qu'il détient sur son électorat en cessant d'utiliser son pouvoir d'achat pour mettre en avant ses objectifs sociopolitiques¹¹. Il ne faut pas oublier que les dépenses de l'État sont faites avec des fonds publics. Donc, en toute logique, ces fonds devraient servir les intérêts de la nation¹² ; sinon, à quoi bon payer des impôts ? Voilà exactement le type de mentalité que le *Code sur les marchés publics* cherche à modifier. Cette façon de dépenser les fonds

9. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, art. III (8) (ci-après cité : « GATT »). A.L.C. DE MESTRAL, « The Impact of the GATT Agreement on Government Procurement in Canada », dans J. QUIN et P. SLAYTON (dir.), *Non-Tariff Barriers After the Tokyo Round*, Montréal, The Institute for Research on Public Policy, 1982, p. 173.

10. A.L.C. DE MESTRAL, *loc. cit.*, note 9, 188 ; on peut toutefois certainement affirmer que l'attitude canadienne a évolué au cours des dix dernières années. L'adhésion du Canada au CMP de 1996 témoigne en effet de sa volonté d'ouverture.

11. A.L.C. DE MESTRAL, *loc. cit.*, note 9, 172.

12. *Ibid.* ; A. LAGUERRE, *Concurrence dans les marchés publics, L'administration nouvelle*, Paris, Berger-Levrault, 1989, pp. 50-52.

publics, bien qu'elle soit sans doute valable d'un point de vue politique, va à l'encontre du principe de libéralisation des échanges¹³. L'utilisation des marchés publics par l'État comme un outil de promotion économique, dans un contexte de globalisation des marchés, nuit à l'essor véritable de ses entreprises : ces entreprises, en raison des politiques préférentielles appliquées en leur faveur par l'État, perdent l'occasion de développer leur potentiel concurrentiel¹⁴.

D'un autre côté, l'État se voit de plus contraint, aux termes de ses politiques d'achat préférentielles, de payer plus cher des biens qu'il aurait pu obtenir à meilleur coût. Des distorsions économiques en résultent alors indéniablement, ce qui n'est finalement pas toujours à l'avantage de l'économie du pays¹⁵.

En résumé, les marchés publics constituent des barrières non tarifaires lorsqu'ils sont utilisés pour soutenir des fournisseurs locaux et ainsi déjouer la concurrence. Au regard de cela, le *Code sur les marchés publics* a certainement eu des effets au Canada. Ici, tout comme aux États-Unis d'ailleurs, l'utilisation de politiques préférentielles en matière de marchés publics était une pratique fort répandue depuis plusieurs décennies.

Pour suivre l'évolution chronologique du droit des marchés publics au Canada, nous aborderons maintenant l'étude du *Code sur les marchés publics* de 1979. Nous traiterons successivement de son champ d'application et des règles qu'il contient. Nous soulignerons également, comme nous l'avions annoncé au début de notre texte, les principaux changements qu'apportera au code actuel le CMP de 1996 lors de son entrée en vigueur en janvier 1996. Ce premier développement sera suivi d'un bilan que nous dresserons sur l'influence au Canada du CMP de 1979. Nous tenterons, par la même occasion, de prévoir les répercussions qu'aura, au Canada, le CMP de 1996.

13. I. BERNIER, *loc. cit.*, note 8.

14. P. CECCHINI, avec la collaboration de M. CATINAT et d'A. JACQUEMIN, 1992, *le défi : nouvelles données économiques de l'Europe sans frontières*, Paris, Flammarion, 1988, pp. 70-71.

15. F. WEISS, « The Law of Public Procurement in EFTA and the EEC : The Legal Framework and its Implementation », (1987) 7 *Y. B. Eur. L.* 59, 84 ; I. BERNIER, *loc. cit.*, note 8.

1.2 Le champ d'application du CMP

1.2.1 Le CMP de 1979

Au-delà des engagements politiques généraux, le CMP demeure d'une portée pratique assez limitée puisque son champ d'application n'est pas très étendu¹⁶.

D'abord, seuls les marchés publics de produits¹⁷ sont visés par les règles du CMP. Qui plus est, il faut retrancher des marchés de produits visés tous ceux dont la valeur n'atteint pas le seuil d'application du CMP¹⁸. Ce dernier n'entre effectivement en jeu qu'à l'égard des marchés de produits d'une valeur égale ou supérieure à 210 000 \$CAN¹⁹, et encore faut-il souligner que ce sont seulement les entités²⁰ qui concluent des marchés énumérées à l'annexe I du CMP qui entrent dans son champ d'application.

De plus, les provinces, ainsi que les gouvernements locaux tels que les villes, les municipalités, les municipalités régionales de comté, les communautés urbaines, de même que plusieurs autres organismes publics financés par l'État (commissions scolaires, hôpitaux, etc.), demeurent exclus du champ d'application du CMP. Le partage canadien des compétences empêche en effet le fédéral d'engager, sur le plan international, les provinces et, par conséquent, les entités qui y sont rattachées dans les secteurs qui relèvent de leurs compétences exclusives aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*²¹.

16. Pour une description détaillée du contenu du CMP, voir : J. FIASCHETTI, « Technical Analysis of the Government Procurement Agreement », (1979) 11 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1345.

17. CMP de 1979, art. I (a).

18. *Id.*, art. I (b).

19. Le montant de 210 000 \$CAN correspond à 130 000 droits de tirage spéciaux (DTS) (unité monétaire du Fonds monétaire international) au sens du CMP de 1979 ; GATT, *Examen des politiques commerciales du Canada*, Genève, novembre 1990, p. 70 ; en ce qui a trait plus précisément à la détermination de la valeur d'un marché, le fractionnement d'un marché est interdit s'il a pour but de ramener la valeur des marchés à conclure au-dessous du seuil d'application du Code, voir : CMP de 1979, art. I (b).

20. CMP de 1979, art. I (c).

21. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3 ; I. BERNIER, « L'impact de l'internationalisation sur le fonctionnement de l'État : le partage constitutionnel des compétences », dans D.M. BROWN et M.G. SMITH (dir.), *Canadian Federalism : Meeting Global Economic Challenges ?*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1991, pp. 65-74 ; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 448-455.

À cette dernière remarque, il faut ajouter que l'énumération des entités fédérales assujetties au CMP n'est pas exhaustive. En outre, les entreprises fédérales ne figurent pas à l'annexe I du CMP.

Ainsi, comme le démontre Reich²² à l'aide d'études statistiques, l'influence du *Code sur les marchés publics* demeure assez restreinte en raison de son champ d'application très limité :

The value of the Canadian procurement opened to foreign competition under the Code reached CDN \$ 648 million in 1988, which equalled 8.6 % of all DSS procurement for that year, and less than 1 % of the total amount of goods and services purchases in Canada by all levels of government.

1.2.2 Le CMP de 1996

Le CMP de 1996 reflète la volonté des parties contractantes d'étendre et d'améliorer son champ d'application sur une base de réciprocité mutuelle. Le nouvel Accord relatif aux marchés publics se distingue de son prédécesseur sur un point central : il s'appliquera aussi à certaines entités et entreprises publiques provinciales. Le Canada a en effet énoncé des offres en ce sens²³. On ne pourra donc plus reprocher au Canada son régime constitutionnel qui, par le passé, a permis aux provinces canadiennes d'échapper aux obligations internationales du pays en cette matière.

Cela dit, mentionnons que le CMP vise désormais tant les marchés de biens que les marchés de services, y compris les marchés de services de construction²⁴. Les entités fédérales assujetties au CMP sont toutefois demeurées sensiblement les mêmes. Signalons néanmoins l'ajout de trois ministères fédéraux, à savoir : le ministère des Communications, Transports Canada et Pêches et Océans²⁵. À ces entités fédérales viennent également se joindre certaines entreprises publiques. À l'exception de la Société des chemins de fer du Canada et de Via Rail, ce sont les mêmes entreprises visées qu'en vertu de l'ALENA²⁶.

22. A. REICH, « Government Procurement and Bid Challenging in Canada after the Free Trade Agreement », (1991) 18 *Can. Bus. L.J.* 195, pp. 206-207 ; l'italique est de nous.

23. CMP de 1996, annexes 1 et 3.

24. *Id.*, annexes 1-5.

25. *Id.*, annexe 1.

26. *Id.*, annexe 3 ; il s'agit des entreprises publiques suivantes : Société canadienne des postes, Commission de la capitale nationale, Administration de la voie maritime du Saint-Laurent, Monnaie royale canadienne, Musée canadien des civilisations, Musée canadien de la nature, Musée des beaux-arts du Canada, Musée national des sciences et de la technologie, Construction de défense (1951) ltée.

En ce qui concerne les entités des gouvernements sous-centraux et leurs entreprises publiques, les offres canadiennes font référence à des listes actuellement en cours d'élaboration. Pour l'heure, on ne peut donc désigner précisément ces entités²⁷.

Enfin, différents seuils d'application ont été négociés en fonction des entités assujetties et des types de marchés visés. On remarquera que, pour les entités fédérales, le seuil d'application du CMP à l'égard des marchés de biens est demeuré le même, soit 130 000 DTS (210 000 \$CAN). Un seuil de même valeur a été arrêté pour les marchés de services passés par ces entités²⁸. Pour les autres entités assujetties, gouvernements sous-centraux et entreprises publiques, le seuil d'application du CMP est de 355 000 DTS (environ 600 000 \$CAN) pour les marchés de biens et de services. Pour les marchés de services de construction, c'est un seuil commun à toutes les entités visées de 5 000 000 DTS (approximativement 8 080 000 \$CAN) qui a été stipulé²⁹.

Dans l'ensemble, la portée du CMP de 1996 démontre une évolution certaine de l'ouverture à la concurrence des marchés publics. Quoi qu'il en soit, afin de bien saisir la portée actuelle du CMP, il faut s'en remettre aux annexes pour en découvrir les limites. Le Canada a notamment soumis certains engagements, tel l'assujettissement des marchés de services, à une réserve de réciprocité. De cette façon, l'accès aux marchés de services pourra être limité aux seuls pays signataires offrant au Canada des engagements équivalents³⁰.

1.3 Une description sommaire des règles du CMP

1.3.1 Les modes de passation des marchés prévus dans le CMP

La pierre angulaire du CMP est le traitement national. Une partie doit accorder aux produits ainsi qu'aux fournisseurs étrangers un traitement qui n'est pas moins favorable que celui qui est accordé aux produits et aux fournisseurs nationaux ni que celui qui est accordé aux produits de toute autre partie et à leurs fournisseurs³¹.

Le CMP reconnaît trois formes de passation : 1) celle de l'appel d'offres ouvert, où tous les intéressés peuvent déposer une offre ; 2) celle de l'appel

27. CMP de 1996, annexe 2 et 3.

28. *Id.*, annexe 1.

29. *Id.*, annexes 1-3.

30. Voir : CMP de 1996, notes générales du Canada, au point 4.

31. CMP de 1979, art. II (1), (2) ; CMP de 1996, art. III (1), (2).

d'offres sélectif, où seuls ceux qui sont invités à le faire peuvent déposer une offre ; 3) et, enfin, celle du marché de gré à gré, où le marché est négocié directement avec un ou plusieurs fournisseurs, sans aucune forme de publicité ni de mise en concurrence préalable³².

Une partie a le loisir de recourir à l'une ou l'autre des procédures de passation prévues dans le CMP ; celui-ci n'impose en effet aucune hiérarchie entre elles. Le CMP se contente de régir certains aspects de la procédure sélective et l'accessibilité à la procédure de gré à gré. On pourrait sans doute avancer, cependant, qu'il existe une hiérarchie *de facto* dans la mesure où le recours à la procédure de gré à gré se voit limité à des cas particuliers.

1.3.1.1 La procédure d'appel d'offres sélective

En ce qui a trait à la procédure d'appel d'offres sélective, le CMP impose notamment des conditions en ce qui concerne la qualification des fournisseurs ainsi que leur inscription sur les listes permanentes de fournisseurs³³. Comme plusieurs pouvoirs adjudicatifs puisent le nom des fournisseurs qu'ils inviteront à déposer une soumission dans des listes préconstituées de fournisseurs qualifiés, des règles régissant la qualification des fournisseurs, l'inscription sur les listes et la publicité des listes de fournisseurs s'avéraient nécessaires afin de réduire au minimum les risques de discrimination envers les fournisseurs étrangers. Quant au nombre de fournisseurs à inviter, le CMP n'impose pas l'invitation d'un nombre minimal de candidats, mais celle d'un nombre suffisant de candidats pour qu'une réelle concurrence soit assurée. De ce fait, le CMP laisse toute latitude au pouvoir adjudicatif pour déterminer le nombre de fournisseurs à inviter³⁴.

1.3.1.2 La procédure de gré à gré

Quant à la procédure du marché négocié, le CMP en restreint l'usage à un certain nombre de cas énumérés³⁵ et oblige la partie qui s'en prévaut à consigner par écrit les motifs qui l'y poussent³⁶. Comme cette procédure de passation ne fait l'objet d'aucune publicité préalable, c'est-à-dire qu'aucun avis de marché n'est publié avant sa tenue, le CMP voulait limiter les possibilités pour les parties d'y recourir.

32. CMP de 1979, art. V (1) ; CMP de 1996, art. VII (3).

33. CMP de 1979, art. V (7) ; CMP de 1996, art. IX (9), X (2), (3).

34. CMP de 1979, art. V (6) ; CMP de 1996, art. X (1).

35. CMP de 1979, art. V (16) (a-e) ; CMP de 1996, art. XV (1) (a-j).

36. CMP de 1979, art. V (17) ; CMP de 1996, art. XV.

L'absence d'offre correspondant aux conditions essentielles de l'appel d'offres ouvert ou sélectif, l'exécution de travaux d'art, l'urgence et les livraisons additionnelles suivant l'octroi d'un marché constituent notamment autant de circonstances prévues dans le CMP où le recours à la procédure de gré à gré est permis³⁷. Par conséquent, pour qu'un pouvoir adjudicatif puisse, sans violer les règles établies par le CMP, procéder à l'octroi d'un marché de gré à gré, il devra établir les faits qui donnent ouverture à l'une des circonstances que nous venons de mentionner³⁸.

Certes, la description de telle ou telle situation justifiant un pouvoir adjudicatif de procéder de gré à gré peut devenir très subjective ; pour contrer cette éventualité, le CMP a énuméré de façon détaillée ces situations.

Malgré l'obligation de motivation qui pèse sur le pouvoir adjudicatif, l'attrait de la procédure de gré à gré demeure certain pour celui qui veut soit retenir les services d'une entreprise nationale, soit éviter les coûts et délais associés à une procédure ouverte ou sélective.

Le CMP de 1996 demeure, à l'égard de la procédure de gré à gré, très près de la lettre de l'ancien CMP. Il énumère toutefois certains cas supplémentaires d'ouverture³⁹.

1.3.1.3 Les appels d'offres sur mesure (spécifications techniques)

Les spécifications techniques d'un produit recherché par un pouvoir adjudicatif ne doivent pas avoir pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international⁴⁰.

L'avis d'appel d'offres qui énumérerait de façon si détaillée les caractéristiques d'un produit ou encore qui ferait ouvertement référence à une marque de commerce bien précise pourrait favoriser un fournisseur donné et ainsi déjouer les règles de la libre concurrence⁴¹.

Lorsque les spécifications techniques sont utilisées à mauvais escient par un pouvoir adjudicatif, la procédure d'appel d'offres se transforme en un processus de façade. L'appel d'offres est dit alors « sur mesure », en ce qu'il rend légitime le choix de l'adjudicataire du marché qui aura été fait par le pouvoir adjudicatif avant même que ne commence la procédure de

37. CMP de 1979, art. V (16) (a-e) ; CMP de 1996, art. XV (1) (a-j).

38. CMP de 1979, art. V (17) ; CMP de 1996, art. XV (2).

39. CMP de 1996, art. XV (1) (h-j).

40. CMP de 1979, art. IV ; CMP de 1996, art. VI.

41. M. GUIBAL, « Les appels d'offres sur mesure », conférence, mars 1988, texte inédit. Michel Guibal est professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Montpellier, France.

passation. Dans de telles circonstances, la concurrence se voit complètement occultée (voir 2.2.6).

1.3.2 La préinformation et les délais

Outre les règles que nous venons de mentionner, le CMP cherche à assurer à tous les fournisseurs, par l'intermédiaire de règles relatives au contenu des avis de projet de marchés et à celui des documents d'appel d'offres, un accès égal à l'information⁴². Le CMP tente d'imposer le plus de rigueur possible à ce niveau puisque le défaut ou tout simplement le manque d'information nuit considérablement à la participation de fournisseurs étrangers aux processus d'octroi des marchés publics.

Le nouveau *Code du GATT sur les marchés publics* rejoint essentiellement l'ancien au regard de l'obligation de préinformation. Celui-ci a cependant créé un type nouveau d'avis auquel certaines des nouvelles entités assujetties pourront recourir pour faire la publicité des marchés qu'elles prévoient conclure⁴³.

Viennent se joindre aux normes relatives à l'information et les compléter celles auxquelles sont assujettis les pouvoirs adjudicatifs au regard des délais. Afin de permettre aux fournisseurs, tant nationaux qu'étrangers, de préparer et de déposer leur soumission ou candidature avant la clôture des procédures d'appel d'offres, des délais minimaux sont fixés par le CMP. Seule l'urgence peut justifier un pouvoir adjudicatif de passer outre aux délais prescrits⁴⁴.

1.3.3 La transparence des procédures

Font suite aux règles relatives à l'information et aux délais celles qui ont trait à la présentation, à la réception et à l'ouverture des soumissions.

Retenons des règles que mentionne le CMP celle qui oblige les pouvoirs adjudicatifs à consigner dans un procès-verbal tous les renseignements qui entourent l'ouverture des soumissions⁴⁵. Cette contrainte favorise une plus grande transparence des procédures de passation. Elle facilite également l'exercice, par le fournisseur lésé par une procédure, du droit que lui confère

42. CMP de 1979, art. V (3-5), (13-14); CMP de 1996, art. IX (6)-(11), XII (2).

43. CMP de 1996, art. IX (3)-(7).

44. CMP de 1979, art. V (10)-(11); CMP de 1996, art. XI.

45. CMP de 1979, art. V (15) (d) (procédures ouvertes et sélectives), art. V (17) (marché de gré à gré); CMP de 1996, art. XIII (3) (procédures ouvertes et sélectives), art. XV (2) (procédure limitée).

le CMP d'être informé des motifs au soutien du rejet de sa candidature ou de son offre⁴⁶.

1.3.4 L'adjudication du marché

En ce qui concerne plus particulièrement l'adjudication du marché, celle-ci doit, aux termes du CMP, se faire selon le critère du plus bas soumissionnaire. Le marché peut aussi être adjugé au soumissionnaire dont la soumission aura été reconnue comme la plus avantageuse selon les critères d'évaluation *spécifiés* dans l'avis du projet de marché ou dans la documentation relative à l'appel d'offres⁴⁷.

Le CMP de 1996 innove en matière d'adjudication d'un marché en ce qu'il donne la possibilité à l'entité adjudicative de négocier directement avec le soumissionnaire l'octroi du marché dans le cadre d'un appel d'offres ouvert ou sur invitation. L'entité pourra se prévaloir de ce droit chaque fois qu'elle l'aura préalablement spécifié dans l'avis de marché ou lorsqu'aucune offre ne se révélera la plus avantageuse. Ce sont là, du reste, les seules situations donnant ouverture à la voie négociée⁴⁸.

1.3.4.1 Les opérations de compensation

Même si le CMP de 1979 condamne l'utilisation de politiques d'achat préférentielles, il maintient le droit d'une partie de subordonner l'adjudication d'un marché à des opérations de compensation⁴⁹, ce que le CMP de 1996 interdit désormais, comme nous le verrons plus loin.

On entend par là justifier, dans la mesure où tous les fournisseurs en sont informés dans l'avis du projet de marché ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, les exigences qui associent à l'octroi d'un marché à un fournisseur étranger une obligation d'investissement sur le territoire, proportionnelle à la valeur du marché.

La seule limite qu'impose le CMP à l'égard de ce genre de pratique demeure celle qui est relative à la « proportion raisonnable de la compensation » par rapport à la valeur globale du marché⁵⁰.

46. CMP de 1979, art. VI (3-6) ; CMP de 1996, art. XVIII (2).

47. CMP de 1979, art. V (15) (f), (j) ; CMP de 1996, art. XIII (4).

48. CMP de 1996, art. XIV.

49. CMP de 1979, art. V (15) (h).

50. *Ibid.*

En ajoutant cette exception au champ d'application relativement restreint du CMP ainsi qu'aux nombreuses exemptions qu'il comporte, on comprend mieux pourquoi son influence a été si relative.

En janvier 1996, le nouveau Code du GATT devrait néanmoins mettre un terme aux pratiques des gouvernements exigeant des opérations de compensation. Celui-ci dispose, en effet, qu'aucune opération de compensation ne devrait être prise en considération par l'entité adjudicative au moment de l'attribution d'un marché. Ce revirement de situation contribuera certainement à élargir la portée des nouvelles règles du CMP et obligera indéniablement les gouvernements à s'adapter. Notons que la règle est toutefois plus souple pour les pays en voie de développement⁵¹.

1.3.5 La postinformation

Finalement, pour clore le processus de passation d'un marché, le CMP soumet les entités adjudicatives à des obligations de « postinformation ».

L'obligation de publier un avis énonçant notamment à qui le marché a été octroyé et selon quelle procédure devient la règle⁵². La publication d'un tel avis est nécessaire alors même que le pouvoir adjudicatif a procédé à l'adjudication par voie négociée et, dans ce cas particulier, les motifs le justifiant de recourir à ce mode de passation doivent apparaître dans l'avis⁵³.

S'ajoute à cette obligation d'information celle de communiquer, au moyen d'un avis, à chaque soumissionnaire ayant déposé une offre ou encore une candidature le nom de celui à qui le marché a été octroyé ainsi que la valeur des soumissions qui ont été reçues⁵⁴.

Du reste, l'entité adjudicative doit informer, sur demande cette fois-ci, un fournisseur du rejet de sa demande d'inscription sur une liste de fournisseurs qualifiés et lui communiquer les raisons pour lesquelles il n'a pas été invité ni admis à soumissionner⁵⁵.

Pour garantir l'accès des fournisseurs à ces diverses données, le CMP exige des parties qu'elles maintiennent une autorité auprès de laquelle les fournisseurs pourront présenter leurs demandes d'information⁵⁶. De plus, le

51. CMP de 1996, art. XVI.

52. CMP de 1979, art. VI (1).

53. CMP de 1996, art. XVIII.

54. CMP de 1979, art. VI (4); CMP de 1996, art. XVIII (3).

55. CMP de 1979, art. VI (3), (5); CMP de 1996, art. XVIII (2).

56. CMP de 1979, art. VI (6); il n'y a pas de disposition semblable dans le nouveau CMP de 1996.

maintien d'une autorité nationale chargée d'entendre les recours des personnes lésées doit, aux termes du CMP, être assuré par l'ensemble des parties⁵⁷.

Le nouveau Code réaffirme cette obligation tout en favorisant la conciliation comme mode initial de résolution des différends⁵⁸. Alors que sous l'empire du CMP de 1979 l'obligation de maintenir une autorité chargée d'entendre les plaintes des soumissionnaires n'avait pas été admise par certains pays, dont le Canada, dorénavant, il ne devrait plus subsister aucun doute. Le CMP de 1996 est en effet très explicite sur cette question⁵⁹.

Le CMP de 1979 institue également le Comité sur les marchés publics auprès duquel les gouvernements peuvent faire des représentations à l'encontre des procédures d'un autre État, lorsque les négociations visant le règlement de leur différend auront échoué⁶⁰.

Le nouveau CMP maintient le Comité des marchés publics, mais il lui a retiré sa compétence en matière de règlement des différends. Le CMP renvoie plutôt les parties à l'« Entente sur le règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C.) ». C'est maintenant un nouvel organe qui exerce les pouvoirs auparavant dévolus au Comité des marchés publics. Ainsi, le traitement des plaintes relatives à l'application de l'Accord relèvera donc dorénavant de l'« Organe de règlement des différends (O.R.D.) »⁶¹.

Du reste, tous les règlements, lois ou décisions judiciaires se rapportant aux marchés publics doivent être portés à la connaissance des fournisseurs étrangers. Il s'agit là d'une obligation de divulgation qu'impose le CMP aux parties en sus de celles qu'elles assument relativement à la postinformation des fournisseurs⁶².

En terminant, soulignons que le suivi des règles de procédure qu'énonce le CMP se voit notamment assuré par l'obligation qu'ont les parties d'établir annuellement des statistiques concernant leurs marchés publics⁶³.

57. *Ibid.*

58. CMP de 1996, art. XXII.

59. *Id.*, art. XX (ii) (2).

60. CMP de 1979, art. VII; CMP de 1996, art. XXI.

61. CMP de 1996, art. XXI et XXII.

62. CMP de 1979, art. VI (2); CMP de 1996, art. XIX (1).

63. CMP de 1979, art. VI (10); CMP de 1996, art. XIX (5).

1.4 La réception du CMP de 1979 au Canada et celle qui est prévue pour le CMP de 1996

En devenant signataire du CMP de 1979, le Canada a manifesté son intérêt en faveur de l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Devant la participation des États-Unis, du Japon et de la Communauté économique européenne, le Canada n'avait cependant pas d'autre choix que celui de ratifier l'Accord. Vue sous cet angle, l'adhésion du Canada ne reflétait pas nécessairement ses véritables intentions⁶⁴.

Certes, il est indéniable que le Canada percevait lors de la signature du CMP en 1979 l'importance des enjeux et des gains que pourraient réaliser les entreprises canadiennes en ayant accès, sans obstacle, aux marchés publics des autres pays signataires. Par contre, son acceptation des nouveaux horizons ouverts par le CMP ne garantissait pas, en corollaire, qu'il allait, indubitablement, ouvrir ses propres marchés publics à la concurrence.

Il faut en effet mentionner que l'implantation du CMP au Canada a nécessité un certain temps. Les procédures pour l'application de l'accord du GATT relatif aux marchés publics de 1979 n'ont été publiées qu'en 1984⁶⁵. Conséquemment, ce n'est qu'à partir de cette époque que le Canada a commencé la publicité des avis de projet de marchés à l'intention des fournisseurs étrangers⁶⁶. De plus, la publication des avis d'adjudication de marchés, telle qu'elle est requise en vertu du CMP, n'a débuté, pour sa part, qu'en 1988⁶⁷.

Somme toute, la réception du CMP s'avéra plutôt tiède au Canada, d'autant plus qu'elle ne suscita que très peu de changements importants au sein du système d'achat canadien. Certes ceux qui étaient nécessaires au respect des obligations internationales du gouvernement fédéral ont été faits. Cependant, probablement non convaincu à l'époque de l'efficacité de l'ouverture des marchés à la concurrence pour stimuler les entreprises canadiennes, le gouvernement fédéral n'alla pas plus loin.

64. A.L.C. DE MESTRAL, *loc. cit.*, note 9, 188.

65. CMP de 1979, art. VI (2); *Procédures pour l'Application de l'Accord GATT relatif aux marchés publics*, (1984) *Gaz. Can.* I, 318.

66. CMP de 1979, art. VI (1).

67. Nous avons identifié cette année comme étant celle où les avis d'adjudication ont commencé à être publiés dans la *Gazette du Canada* I; voir aussi : DEPARTMENT OF SUPPLY AND SERVICES, *GATT Agreement on Government Procurement Supply Policy Manual*, directive 3004, 30 décembre 1988. Cette directive s'adressait aux autorités contractantes; A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 207.

Cet état de choses se comprend assez bien. Le système d'achat canadien, depuis longtemps caractérisé par la présence de politiques d'achat préférentielles et, par conséquent, plutôt réticent à l'idée d'encourager avec des fonds publics des entreprises étrangères, ne pouvait du jour au lendemain se transformer.

À tout le moins cependant, l'ouverture que le fédéral a amorcée avec l'implantation du CMP a marqué, si l'on peut dire, le point de départ d'une nouvelle prise de conscience. En ce qui concerne le gouvernement fédéral du moins, car n'oublions pas que les provinces canadiennes, pour leur part, n'avaient aucune obligation internationale dans ce domaine à cette époque.

Les préoccupations liées à la transparence des marchés ainsi qu'à leur accessibilité ont tout de même suscité de l'intérêt au fédéral. À compter de 1989, la procédure d'appel d'offres sur invitation a en effet été délaissée au profit de la procédure de l'appel d'offres ouvert pour les marchés visés par le CMP. Il s'agissait là d'une bonne initiative puisque la procédure d'appel d'offres sur invitation limitait la concurrence. Seuls les fournisseurs invités à le faire pouvaient participer et pour cela leur inscription sur les listes de fournisseurs qualifiés demeurait un préalable essentiel. Ce changement radical de pratique a sans doute subi l'influence de la participation du Canada à l'Accord de libre-échange avec les États-Unis⁶⁸.

La signature de cet accord a en effet permis au Canada de manifester directement ses intentions à l'égard de l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Par contre, comme nous le verrons plus loin, cette démarche du Canada n'a finalement rien eu de vraiment révolutionnaire, si ce n'est la création de la Commission de révision des marchés publics.

En fait, le système fédéral des marchés publics a été longtemps sous la domination de plusieurs politiques d'achat protectionnistes⁶⁹. Contraire à la théorie de la libéralisation des échanges, l'attitude canadienne devait s'adapter aux normes juridiques supranationales. Pour l'heure, cette adaptation s'est réalisée par la transposition du CMP de 1979 en droit interne fédéral.

68. A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 209 ; DEPARTMENT OF SUPPLY AND SERVICES, *Open Bidding Opportunities Policy*, directive 3007, 30 mars 1990.

69. DEPARTMENT OF SUPPLY AND SERVICES, *Supply Policy Manual, Canadian Sourcing Policy*, directive n° 3050, 30 décembre 1988 ; DEPUTY MINISTER OF SUPPLY AND SERVICES, *Canadian Content Premium Policy*, directive n° 637, 10 février 1989 ; TREASURY BOARD OF CANADA, *Administrative Policy Manual*, chap. 305, « Procurement Review », mars 1980 ; pour une description de ces politiques, voir : A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 199-203.

Du reste, même si les changements nécessaires à une concurrence accrue au sein des marchés publics visés par le CMP ont été amorcés à cette époque, rien n'a cependant réellement été fait pour modifier l'attitude protectionniste fédérale à l'égard des marchés publics non visés par le CMP. Au regard de ces marchés, la politique d'achat préférentielle demeure⁷⁰. En revanche, avec la venue, en 1996, du nouveau *Code* du GATT sur les *marchés publics*, la remise en cause de certaines pratiques fédérales jusqu'alors épargnées deviendra inévitable.

Dès lors, l'esprit du CMP ne trouvait écho que sur le plan des marchés publics fédéraux, sans plus. Aussi, la transparence, l'accessibilité et l'équité même du processus interne d'octroi des marchés n'ont été remises véritablement en question qu'après l'entrée en vigueur de l'ALE.

Quoi qu'il en soit, nous croyons que l'implantation du CMP de 1996 se fera plus aisément au Canada que celle du CMP de 1979. L'entrée en vigueur en janvier 1994 de l'ALENA, qui, au sein des marchés publics, rejoint sensiblement le nouveau CMP, aura en effet permis aux diverses entités visées de se familiariser avec les nouvelles règles. Contrairement au CMP de 1979, le CMP de 1996 sera ainsi certainement transposé plus rapidement en droit interne.

Demeurées pendant plusieurs années isolées des obligations internationales du Canada en matière de marchés publics pour des raisons d'ordre constitutionnel, les provinces canadiennes se verront bientôt placées devant une nouvelle réalité. Le gouvernement fédéral s'efforcera en effet aux termes de l'ALENA d'obtenir certains engagements des provinces afin de les assujettir à l'Accord. De plus, en ce qui concerne le GATT, le Canada a déjà fait des offres en ce sens. En conséquence, il est certain que les provinces devront elles aussi faire des efforts d'adaptation au cours des prochaines années. D'ailleurs, même si elles n'ont pas encore à respecter d'obligations internationales en matière de marchés publics, les provinces canadiennes ont à tout le moins manifesté leur intérêt par rapport à l'ouverture de leurs marchés publics à la concurrence nationale. La signature de l'*Accord intergouvernemental relatif aux marchés du secteur public* en 1991 et celle de l'*Accord sur le commerce intérieur* en juillet 1994 témoignent de cette attitude de plus en plus favorable à la libéralisation⁷¹. Le gouvernement du

70. A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 196.

71. *Accord intergouvernemental relatif aux marchés du secteur public*, précité, note 6; pour l'analyse de cet accord, voir: D. LEMIEUX, S. ROUSSEAU et C. BERGERON, *loc. cit.*, note 6, 63-72. Il est à noter que l'Accord intergouvernemental cédera sa place au chapitre 5 de la partie IV de l'*Accord sur le commerce intérieur*, précité, note 6, lorsque celui-ci entrera en vigueur.

Québec, quant à lui, a clairement manifesté sa volonté d'éliminer les pratiques protectionnistes au regard des marchés de biens, de services et de construction en signant des accords bilatéraux de libéralisation des marchés publics avec l'Ontario et le Nouveau-Brunswick, en 1994. Soulignons au passage que ces accords assujettissent les municipalités, les organismes municipaux, les établissements d'enseignement supérieur, les commissions scolaires, les hôpitaux et organismes de services sociaux au regard de leurs marchés de construction⁷². L'Accord intergouvernemental de 1991, pour sa part, ne visait pas de telles entités. Il s'agit donc, en quelque sorte, d'une première en matière de libéralisation des marchés publics. Jusqu'à présent d'ailleurs, aucun accord d'envergure internationale portant sur les marchés publics au Canada ne vise ces entités.

1.5 L'ALE et les marchés publics

Même s'il n'a plus force depuis le 1^{er} janvier 1994, le chapitre 13 de l'ALE sur les marchés publics mérite analyse, ne serait-ce que pour mieux saisir la portée du chapitre 10 de l'ALENA sur la description duquel nous nous attarderons en détail plus loin.

La conclusion de l'ALE entre le Canada et les États-Unis a fourni l'occasion aux parties d'ouvrir davantage leurs marchés publics à la concurrence. Cependant, celles-ci n'ont pas saisi l'occasion qui se présentait : elles ont préféré incorporer à l'Accord le texte même du *Code sur les marchés publics*, en se contentant d'élargir certaines de ses obligations⁷³. Aux termes de l'ALE, la portée du CMP n'a été que relativement modifiée. Les marchés visés ainsi que les entités assujetties sont demeurés les mêmes ; seul le seuil d'application du CMP a été abaissé. Il s'agit là, en fait, de la seule véritable démarche entreprise par les parties en vue d'ouvrir davantage leurs marchés publics à la concurrence. Le seuil d'application du CMP, de 171 000 \$US qu'il était, a été ramené, en vertu de l'ALE, à 25 000 \$US⁷⁴. Cet abaissement représentait un gain pour les entreprises pour qui un nombre additionnel de marchés potentiels devenait accessible. Pour les fournisseurs canadiens, cela représentait un gain potentiel de 2,4 milliards de dollars. De leur côté,

72. *Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et de l'Ontario*, précité, note 6, annexe C ; *Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et du Nouveau-Brunswick*, précité, note 6, art. 2.4 et 2.5.

73. ALE, art. 1302-1305 ; *Procédures pour l'application de l'Accord GATT relatif aux marchés publics et du chapitre sur les marchés publics de l'Accord sur le libre-échange entre le Canada et les États-Unis* (1989), (1991) 123 *Gaz. Can.* I, 263.

74. ALE, art. 1304 (1).

les fournisseurs américains voyaient s'ouvrir à eux des marchés potentiels d'une valeur de 400 millions de dollars⁷⁵.

1.5.1 L'innovation majeure de l'ALE : la création de la Commission de révision des marchés publics

L'obligation de maintenir une instance chargée d'entendre les recours des personnes lésées existait déjà aux termes du CMP⁷⁶. Le Canada, cependant, n'avait pas interprété cette obligation comme étant contraignante. Les États-Unis, pour leur part, possédaient déjà un processus détaillé de contestation des offres capable de répondre à l'exigence du CMP⁷⁷.

Avant la constitution de la Commission de révision des marchés publics (CRMP) en vertu de l'ALE⁷⁸, pour contester tel ou tel aspect de la procédure de passation canadienne ou encore l'issue de l'adjudication d'un marché, un fournisseur devait s'adresser soit au système interne de règlement des différends du gouvernement fédéral, soit aux tribunaux de droit commun. Comme les tribunaux étaient très réticents à réviser les décisions prises par les pouvoirs adjudicatifs ou encore à les remettre en cause, les fournisseurs ne trouvaient que rarement satisfaction⁷⁹. Quant au système interne de

75. A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 210; MINISTÈRE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES, *L'Accord de libre-échange Canada — États-Unis et les marchés publics : une appréciation*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1989, pp. 23-34.

76. CMP de 1979, art. VI (6) (recours).

77. A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 217.

78. ALE, art. 1305 (3) et annexe 1305.3 (création de la CRMP); *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, précitée, note 2, art. 13 et suiv.; *Règlement de la Commission de révision des marchés publics*, (1989) 123 *Gaz. Can.* II, 737, modifié par (1990) 124 *Gaz. Can.* II, 1313 et (1993) 127 *Gaz. Can.* II, 3125.

79. À titre d'exemple, voir les arrêts suivants : *Re Midnorthern Appliances Industries Corp. and Ontario Housing Corporation*, (1978) 17 O.R. (2d) 290 (Div. Ct.) (la révision judiciaire de la décision de la Housing Corporation de ne pas considérer la soumission du plaignant a été refusée); *Ainsworth Electric Co. c. Exhibition Place (Board of Governors)*, (1987) 36 D.L.R. (4th) 299 (Ont. H.C.J. Div. Ct.) (la nature commerciale de la décision de l'organisme de ne pas octroyer le contrat au plaignant empêcha la révision judiciaire); *Transhelter Group Inc. c. Comité de Works & Operations of Winnipeg*, (1984) 28 Man. R. (2d) 137 (C.A.) (la décision d'un conseil municipal d'octroyer un contrat par appel d'offres n'est pas une décision susceptible de révision judiciaire); S. ARROWSMITH, *Government Procurement and Judicial Review*, Toronto, Carswell, 1988, pp. 8-21. Par contre, on doit tout de même admettre que l'évolution du droit des marchés publics au cours des dernières années a amené les tribunaux québécois à revoir leur position. Voir en ce sens : P. GIROUX, C. MOFFET et D. LEMIEUX, *Contrats des organismes publics québécois*, Farnham, Les Publications CCH/FM Itée, 1988, par. 8-420; voir aussi : *Accord intergouvernemental relatif aux marchés du secteur public*, précité, note 6 (mécanisme

règlement des différends, quoiqu'il fût efficace dans certains cas, il ne pouvait offrir les mêmes garanties qu'un organisme quasi judiciaire tel que la Commission de révision des marchés publics⁸⁰.

1.5.2 Le mandat et les pouvoirs de la Commission de révision des marchés publics

La Commission a pour mandat d'entendre les plaintes des fournisseurs relatives à l'adjudication d'un marché⁸¹. Par ailleurs, si l'on se réfère à la version anglaise de l'article donnant compétence à la Commission, ce sont, en fait, tous les aspects de la procédure d'octroi qui peuvent être remis en cause par un fournisseur⁸².

Aux termes de sa loi constitutive, la Commission possède de très larges pouvoirs qu'elle exerce sous forme de recommandations. Elle peut en outre indiquer à l'entité visée : une nouvelle demande de soumission, un nouvel appel d'offres, une réévaluation des offres, la résiliation du contrat. Elle peut même ordonner le dédommagement, le montant du dédommagement ainsi que l'octroi du contrat au plaignant⁸³. Soulignons, de plus, que cette énumération de pouvoirs est non limitative. En sus de ces pouvoirs, la Commission est évidemment détentrice de celui d'ordonner que soient remboursés au plaignant l'ensemble des frais qu'il a engagés en exerçant son recours, y compris les frais d'avocat⁸⁴.

de règlement des différends dans le cas de plaintes qui ne peuvent être réglées par consultations intergouvernementales, note explicative n° 3) ; *Décret 1682-90 concernant un Accord intergouvernemental sur les marchés du secteur public*, (1992) 124 G.O. II, 4791 (adhésion du Québec à l'Accord) ; *Décret 1750-90 concernant une modification au décret 1682-90 du 05 décembre 1990 relatif à un Accord intergouvernemental sur les marchés du secteur public*, (1992) 124 G.O. II, 4792 (publication du décret 1682-90 retardée) ; MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE, DU COMMERCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *Accord intergouvernemental sur les marchés du secteur public : cahier d'information*, Québec, Ministère de l'Industrie, du Commerce et de la Technologie, 1992. Voir aussi : *L'Accord sur le commerce intérieur*, précité, note 6, partie IV, chapitre 5 (marchés publics), qui remplacera l'accord intergouvernemental au moment de son entrée en vigueur.

80. A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 217-219.

81. COMMISSION DE RÉVISION DES MARCHÉS PUBLICS DU CANADA, *Guide des activités de la Commission de révision des marchés publics du Canada*, Ottawa, Commission de révision des marchés publics, 1989.

82. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, précitée, note 2, art. 15 (dépôt des plaintes).

83. *Id.*, art. 19 (a) (recommandations).

84. *Id.*, art. 19 (b) (frais) ; quant à la position de la CRMP au regard des frais qu'elle peut accorder, voir : C.W. LEVESQUE, « Chapter 13 of the United States-Canada Free Trade Agreement : Has It Created an Open and Effective Government Procurement Dispute Resolution System ? », (1991) 12 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 187, 204-208.

Comme on peut le constater, la compétence de la Commission s'étend même au-delà du stade précontractuel. Celle-ci est en effet investie d'un pouvoir de « résiliation » du contrat. Du point de vue juridique, on assiste à la naissance d'une nouvelle cause d'extinction des contrats. La violation des normes précontractuelles imposées par l'Accord pourra ainsi conduire à l'annulation d'un contrat autrement valide. Ce pouvoir de résiliation que détient la Commission ne pourra cependant s'exercer que dans un nombre relativement limité de cas, compte tenu de la rapidité à laquelle un marché de fournitures s'exécute et des inconvénients qui en découlent⁸⁵, d'autant plus qu'il ne semble pas généralement admis que la Commission détienne le pouvoir d'ordonner la suspension de l'exécution du contrat⁸⁶. On lui reconnaît toutefois explicitement le pouvoir de suspendre une procédure de passation à la suite du dépôt d'une plainte⁸⁷.

1.5.3 Les éléments constitutifs de la compétence de la Commission de révision des marchés publics

Un fournisseur ne peut s'adresser à la Commission que si la valeur estimée⁸⁸ du marché en cause se situe au-dessus du seuil d'application du CMP prévu dans l'Accord, soit 25 000 \$US, et en deçà du seuil d'application du CMP, soit 171 000 \$US. Il faut de plus qu'il s'agisse d'un marché passé par une entité assujettie aux règles de l'Accord⁸⁹. La Commission ne détient donc qu'une compétence d'attribution restreinte, limitée au champ d'application du chapitre 13 de l'ALE.

Plus de 50 p. 100 des décisions rendues par la Commission jusqu'à présent l'ont été en faveur des fournisseurs⁹⁰. C'est donc dire que le système

85. *In the Matter of: A Complaint by Bio-Temp Scientific Inc.*, C.R.M.P., n° E90PRF66W9-238-003, 1^{er} juin 1990 (la recommandation visant l'octroi du contrat au plaignant est impossible à exécuter); *In the Matter of: A Complaint by Cardinal Industrial Electronics Ltd. (Cardinal I)*, C.R.M.P., n° D89PRF6608-021-0005, 27 février 1990 (l'exécution du contrat empêche l'octroi du contrat au plaignant).

86. A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 220-221.

87. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, précitée, note 2, art. 16 (b) (pouvoir de suspension des procédures).

88. *In the Matter of: A Complaint by Cardinal Industrial Electronics Ltd. (Cardinal I)*, précité, note 85 (la CRMP retient la valeur estimée au moment de la publication de l'avis de projet d'achat).

89. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada—États-Unis*, précitée, note 2, art. 15 (a) et (b).

90. A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 230, mentionne: « Out of ten determinations issued by the Board at the time when this article goes to print, nine have been in favour of the complainant »; C.W. LEVESQUE, *loc. cit.*, note 84, 202-203; COMMISSION DE RÉVISION DES MARCHÉS PUBLICS, *Rapport annuel 1992 de la Commission de révision des marchés publics*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1992, p. 20.

fédéral d'adjudication des marchés n'était pas adapté aux nouvelles règles de l'Accord, point assez surprenant quand on sait que le traité n'a fait que reconduire des règles qui avaient supposément été introduites lors de la transposition du *Code sur les marchés publics* de 1979. Cela démontre bien qu'au-delà des déclarations d'intention politiques un gouvernement doit agir non seulement en s'efforçant d'adapter ses règles de procédure, mais aussi en éduquant aux nouvelles réalités internationales ceux qui les manipulent⁹¹. Sans cela, des résultats comme ceux auxquels mène l'analyse des décisions de la Commission sont inévitables⁹². Le rôle que joue la Commission de révision des marchés est donc déterminant au Canada puisque, au-delà de la tribune de contestation qu'elle offre aux fournisseurs, la Commission poursuit une mission d'éducation et d'information que le gouvernement n'avait pas jusqu'alors assumée pleinement. C'est d'ailleurs le manque d'information des diverses autorités contractantes que l'on peut critiquer puisque, en fait, ce sont elles qui, dans leur mission quotidienne, doivent jongler avec les règles nouvelles⁹³.

L'entrée en vigueur de l'ALENA que nous commenterons plus avant entraînera assurément l'expansion du rôle de la Commission de révision des marchés publics⁹⁴. Pour comprendre avec quelle ampleur cela se produira, l'analyse du nouveau chapitre sur les marchés publics s'avère tout indiquée.

2. L'ALENA et les marchés publics

Les parties ont profité, en décembre 1993, de l'occasion qui se présentait au moment de la conclusion de l'ALENA pour libéraliser davantage le secteur des marchés publics. Des gains intéressants ont alors été réalisés.

Par contre, le nombre impressionnant d'exceptions, dissimulées, pour la plupart, dans des annexes ou au sein d'appendices où l'on éprouve de la difficulté à se retrouver, neutralise en partie ces gains. À titre d'exemple, à première vue l'Accord assujettit les entités fédérales, les entreprises publiques ainsi que les entités des gouvernements des États ou des provinces. Pourtant, à la consultation des annexes pertinentes, on se rend compte que plusieurs engagements sont conditionnels, et que d'autres encore sont aléatoires. Ainsi, l'assujettissement de la majorité des entreprises d'État américaines ne sera en vigueur qu'une fois que le chapitre sera applicable aux

91. C.W. LEVESQUE, *loc. cit.*, note 84, 211-214.

92. *Id.*, 195-211; A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 220.

93. A. REICH, « On Procurement, Protectionism and Protests: A Survey among Canadian Procurement Officers », (1994) 23 *Can. Bus. L.J.* 107, 113.

94. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, précitée, note 1, art. 44, ajoutant les articles 30.1 à 30.19 à la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.C. 1988, c. 56 [L.R.C., c. C-18.3].

achats des compagnies provinciales d'électricité⁹⁵. De plus, l'assujettissement des entités publiques des États et des provinces reste encore à négocier⁹⁶.

Le résultat demeure néanmoins des plus prometteurs, car les parties, en signant un accord de libre-échange avec le Mexique, se sont désormais alliées à un nouveau partenaire. La relation devenue maintenant tripartite offrirait dorénavant aux entreprises nord-américaines pour 800 milliards de dollars de marchés publics potentiels⁹⁷.

Afin de brosser un tableau d'ensemble des marchés publics en vertu de l'ALENA, nous aborderons l'étude du chapitre 10 à la lumière de l'ALE et du *Code sur les marchés publics* de 1979 et de 1996. Nous traiterons d'abord du champ d'application du chapitre 10 pour ensuite illustrer les principaux points saillants. Un bref commentaire des dispositions d'ordre général terminera notre analyse.

2.1 Le champ d'application du chapitre 10 de l'ALENA

Pour délimiter la portée du chapitre 10 de l'ALENA, il faut retenir que celle-ci dépend de trois variables : les entités qui concluent des marchés et qui sont touchées par les règles établies, les types de marchés visés et la valeur de ces marchés. Remarquons aussi que la définition de marché devient elle-même importante au regard de la détermination du champ d'application du chapitre.

2.1.1 Les entités visées

Contrairement à l'ALE, l'ALENA assujettit à ses règles l'ensemble des ministères fédéraux. Dorénavant, le ministère des Communications, Transports Canada et Pêches et Océans font partie de la liste canadienne des entités en mesure de conclure des marchés visées par l'Accord⁹⁸.

Sont venus pour leur part s'ajouter sans restriction à la liste américaine : le Department of Transportation, le Department of Energy et l'Army Corps of Engineers⁹⁹. À lui seul, l'ajout de l'Army Corps of Engineers donne accès à un marché potentiel d'environ 8,9 milliards de dollars américains¹⁰⁰.

95. ALENA, annexe 1001.1a-2.

96. *Id.*, art. 1024 (3) et annexe 1001.1a-3.

97. AFFAIRES EXTÉRIEURES ET COMMERCE EXTÉRIEUR CANADA, *L'ALENA : qu'en est-il au juste ?*, Ottawa, Affaires extérieures et commerce extérieur, 1993, p. 64.

98. ALENA, annexe 1001.1a-1 (liste du Canada : 2, 17, 43).

99. *Id.*, annexe 1001.1a-1 (liste des États-Unis : 12, 13, 56).

100. AFFAIRES EXTÉRIEURES ET COMMERCE EXTÉRIEUR CANADA, *op. cit.*, note 97, p. 64.

Quant à l'addition sur la liste américaine du Bureau of Reclamation du Department of Interior, elle marque la volonté des États-Unis d'accéder aux marchés des compagnies d'électricité provinciales. Les achats du Bureau ne seront, en effet, accessibles aux fournisseurs canadiens qu'une fois que les achats des compagnies d'électricité des provinces canadiennes, à l'exclusion des services locaux d'hydroélectricité, seront soumis aux dispositions de l'ALENA¹⁰¹. L'attitude américaine n'a rien de surprenant puisque, à titre d'exemple, Hydro-Québec a injecté de 1989 à 1993 une moyenne de 3,575 milliards de dollars dans l'économie québécoise sans avoir une seule fois fait un appel d'offres à la concurrence internationale pour adjuger un contrat¹⁰².

Enfin, mentionnons que les achats faits en vertu de la *Loi sur l'électrification rurale*¹⁰³ cesseront d'être réservés aux fournisseurs américains. Pourront donc être également considérés les produits de fournisseurs canadiens ou américains. L'abaissement de cette barrière ouvre un marché d'environ 1,5 milliard de dollars américains en achat d'équipement téléphonique¹⁰⁴.

Enfin, on peut sans doute citer à titre d'ajout majeur à l'énumération des entités visées celui des entreprises publiques. On décèle de ce fait une certaine volonté d'ouvrir aux règles de la concurrence de nouveaux secteurs.

Du côté canadien, cette démarche a conduit à l'inclusion de 11 sociétés d'État. Les plus importantes sont les suivantes : la Société canadienne des postes, la Commission de la capitale nationale, l'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent, la Monnaie royale canadienne, la Société des chemins de fer nationaux et Via Rail Canada Inc.¹⁰⁵.

Du côté américain, bien que l'Accord énumère sept sociétés d'État, une seule est réellement assujettie. Il s'agit de la St. Lawrence Seaway Development Corporation. Les autres ne se verront soumises à l'Accord qu'une fois que le seront également les compagnies provinciales canadiennes d'électricité¹⁰⁶.

101. ALENA, annexe 1001.1a-1 (liste des États-Unis : 6).

102. J. CIACCIA, « Adhésion du Québec à l'Aléna : il ne faut pas trop se fier à la convention de Vienne », *La Presse*, 11 février 1995, p. B-3.

103. ALENA, annexe 1001.1a-1 (liste des États-Unis : 1).

104. AFFAIRES EXTÉRIEURES ET COMMERCE EXTÉRIEUR CANADA, *op. cit.*, note 97, p. 64.

105. ALENA, annexe 1001.1a-2 (liste du Canada) ; MINISTÈRE DES AFFAIRES INTERNATIONALES, *Le Québec et l'Accord de libre-échange nord-américain*, Québec, Ministère des Affaires internationales, 1993, p. 60.

106. ALENA, annexe 1001.1a-2 (liste des États-Unis : voir le *nota*).

Comme on peut le voir, l'inclusion des compagnies hydroélectriques provinciales constitue l'enjeu principal pour l'Administration américaine. Dès lors, celle-ci a pris pour parti de ne faire aucune concession au Canada qui pourrait diminuer son pouvoir de négociation lorsque viendra le moment de discuter de la soumission des compagnies d'hydroélectricité aux règles de l'Accord. Voilà qui en dit long sur la volonté américaine d'étendre, pour l'instant, les règles de la concurrence à un nombre grandissant d'organismes.

Quant à la participation des provinces et des États à l'Accord, contrairement à ce que laisse croire à première vue le texte du chapitre 10 de l'ALENA, elle n'entrera en vigueur que lorsque sur une base volontaire et réciproque les provinces et les États manifesteront leur intérêt en ce sens. L'Accord prévoit à cet égard la tenue de négociations d'ici 1998¹⁰⁷. Cependant, la conclusion de l'Accord relatif aux marchés publics du GATT en décembre 1993 aura certainement pour effet d'accélérer l'assujettissement des provinces à l'ALENA. La version finale du CMP de 1996 comporte en effet des offres en vue d'assujettir certaines entités et entreprises publiques des gouvernements provinciaux¹⁰⁸.

2.1.2 Les marchés publics visés

Par rapport à l'ALE, l'ALENA est d'une portée beaucoup plus large. Il concerne tant les marchés de produits que ceux de services, y compris les marchés de services de construction¹⁰⁹.

En ce qui a trait aux produits, la règle est la suivante : tous les marchés de produits des entités assujetties sont visés par l'ALENA. Des exceptions existent, mais elles ne touchent que l'acquisition par les services de défense américain, canadien ou mexicain de produits énumérés¹¹⁰.

Quant aux services, il faut distinguer, aux termes de l'ALENA, les marchés de services proprement dits des marchés de services de construction. L'Accord leur réserve en effet un traitement différent¹¹¹.

107. *Id.*, art. 1024, annexe 1001.1a-3.

108. *Id.*, art. 1024 (4) ; CMP de 1996, annexes 1 et 3.

109. ALENA, art. 1001 (1) (b).

110. *Id.*, annexe 1001.1b-1, section A. Les États-Unis mentionnent notamment que le chapitre 10 ne s'applique pas aux achats suivants du Department of Defense : « Les produits achetés par le Department of Defense doivent contenir des métaux spéciaux, c'est-à-dire des aciers fondus dans des aciéries des États-Unis ou de leur possession dont la teneur maximum en matière alliée [...] ».

111. *Id.*, art. 1001 (1) (b).

Dans le cas des marchés de services, l'Accord part du principe que tous les marchés de services conclus par les entités et entreprises fédérales sont assujettis à ses règles¹¹². Ce principe doit, par contre, être nuancé afin d'en saisir la véritable portée.

Précisons d'abord que des listes de services exclus ont été établies par les parties¹¹³. À la lecture de ces listes, on peut notamment constater que tous les services liés aux télécommunications, à l'informatique ainsi qu'aux transports sont exclus.

Outre les exceptions relatives aux services exclus, mentionnons également celle selon laquelle les fournisseurs canadiens ne pourront avoir accès aux marchés de services lancés par six des sept entreprises publiques américaines assujetties à l'Accord et par le Bureau du Department of Interior que lorsque les entreprises provinciales canadiennes d'électricité, à l'exclusion des entreprises locales, seront soumises aux règles de l'Accord sur les marchés publics¹¹⁴.

Enfin, ajoutons que pour le Mexique une liste temporaire de services assujettis a été dressée. C'est donc à cette liste qu'il faut se référer pour connaître les services englobés par l'Accord à l'égard du Mexique¹¹⁵. Notons que le Mexique possède aussi sa liste de services exclus.

Pour les marchés de services de construction, à l'inverse de ce qui se passe dans le cas des marchés de services, seuls les marchés énumérés à l'appendice 1001.1 b) 3-A sont visés. Notons que cette liste regroupe toutefois les principaux types de services de construction.

Avant l'inclusion des contrats de services de construction dans l'Accord, la disposition du *Buy American Act*¹¹⁶, qui interdit aux titulaires de marchés de services de construction l'utilisation de matériaux en provenance d'un autre pays que les États-Unis, demeurait valide. L'ALE ne s'intéressait, comme on le sait, qu'aux marchés de produits. Ainsi, un entrepreneur canadien ne pouvait utiliser ses propres matériaux pour l'exécution d'un marché de services de construction obtenu aux États-Unis¹¹⁷. Maintenant, cette disposition protectionniste ne peut plus venir bloquer l'accès aux

112. *Id.*, annexe 1001.1b-2.

113. *Id.*, annexe 1001.1b-2, section B (listes des services exclus par pays).

114. *Id.*, annexe 1001.1b-2, section B (liste des États-Unis, notes générales : 2).

115. *Id.*, appendice 1001.1b-2-A (liste temporaire de services pour le Mexique); annexe 1001.1b-2-B (liste du Mexique : secteurs exclus).

116. *Buy American Act*, 4 U.S.C. art. 10 (b) (1988).

117. J. EDWARDS, « L'Accord de libre-échange et la construction : l'impact sur l'architecte, l'ingénieur, l'entrepreneur général, le sous-traitant et le fournisseur », (1991) 46 *C.L.R.* 146, 178-180.

entrepreneurs canadiens ou mexicains puisque les marchés de services de construction font partie intégrante de l'Accord. L'abandon de cette règle par les Américains à l'égard des produits canadiens et mexicains constitue un gain notable.

2.1.3 Les seuils

Si l'application de l'ALE à l'égard des marchés publics ne dépendait que d'un seuil fixé à 25 000 \$US, il en va tout autrement dans le cas de l'ALENA. Il existe en effet autant de seuils d'application qu'il y a de types de marchés¹¹⁸ : en ce sens l'ALENA rejoint le CMP de 1996¹¹⁹.

Pour les marchés de produits ou de services conclus par des entités publiques fédérales, le seuil a été fixé à 50 000 \$US¹²⁰. Cependant, il demeure de 25 000 \$US entre le Canada et les États-Unis pour les marchés de produits¹²¹.

En ce qui concerne les marchés de construction de ces mêmes entités, le seuil d'application, pour sa part, a été arrêté à 6,5 millions de dollars¹²².

Quant aux marchés de produits ou de services conclus par les entreprises publiques fédérales assujetties, seuls ceux dont la valeur estimée sera égale ou supérieure à 250 000 \$US seront soumis aux prescriptions de l'Accord¹²³. Pour leurs marchés de construction, le seuil a été fixé à 8 millions de dollars américains¹²⁴.

Comme on peut le constater, les seuils ont été fixés de manière que les prescriptions de l'Accord ne touchent que des marchés d'une certaine envergure.

2.1.4 La définition de marché

Dans sa définition de «marché», l'ALENA rejoint le *Code sur les marchés publics*. Ce qui l'en distingue cependant, c'est qu'il vient compléter

118. ALENA, art. 1001 (1) (c), annexe 1001.1c.

119. CMP de 1996, annexes 1-3.

120. ALENA, art. 1001 (1) (c) (i), annexe 1001.1c ; ce seuil est de 130 000 DTS (210 000 \$CAN) en vertu du CMP de 1996 (annexe 1).

121. ALENA, art. 1001 (2) (c), annexe 1001.2c.

122. *Id.*, art. 1001 (1) (c) (i) ; annexe 1001.1c ; ce seuil est de 5 000 000 DTS (environ 8 080 000 \$CAN) en vertu du CMP de 1996 (annexe 1).

123. *Id.*, art. 1001 (1) (c) (ii), annexe 1001.1c ; ce seuil est de 355 000 DTS (environ 600 000 \$CAN) en vertu du CMP de 1996 (annexes 2 et 3).

124. *Id.*, art. 1001 (1) (c) (ii), annexe 1001.1c ; ce seuil est de 5 000 000 DTS (environ 8 080 000 \$CAN) en vertu du CMP de 1996 (annexes 2 et 3).

cette définition par une énumération explicitant ce que les marchés visés ne comprennent pas.

Ainsi, aux termes de l'Accord, les marchés ne comprennent pas :

- a) les ententes non contractuelles ou toute forme d'aide gouvernementale, notamment les accords de coopération, les subventions, les prêts, les participations au capital, les garanties, les incitations fiscales et la fourniture publique de biens et de services à des personnes, à des gouvernements d'États ou de provinces ou à des gouvernements régionaux ;
- b) l'acquisition de services d'agences financières ou de services aux dépositaires, de services de liquidation et de gestion pour les institutions financières réglementées et de services de vente et de distribution pour la dette publique¹²⁵.

L'ajout de cette partie à la définition de marché met en évidence le désir des parties de conserver leurs pouvoirs d'intervention économique. Il est en effet à remarquer que, à défaut de cette addition, les différents types d'interventions seraient tombés sous le couvert de l'Accord. On doit, par conséquent, y voir une autre atténuation du champ d'application de l'Accord.

Du reste, ce qui ressort principalement de la définition de marché aux termes de l'ALENA, c'est que les parties signataires ont voulu se conserver une certaine marge de manœuvre politique. D'ailleurs, pour le Mexique, l'adaptation aux règles prévues dans l'Accord ne se fera que progressivement. Le Canada et les États-Unis ont justement reconnu qu'ils avaient conscience de cette situation et qu'ils l'acceptaient¹²⁶.

En définitive, l'Accord est d'une portée plus large que le *Code sur les marchés publics* du GATT de 1979 auquel faisait référence l'ALE, mais aussi d'une rédaction plus serrée, adaptée précisément aux désirs d'ouverture des parties signataires ainsi qu'à leurs caractéristiques respectives, c'est-à-dire conçue par des parties qui partagent des précédents protectionnistes importants et des conceptions d'ouverture des marchés publics à la concurrence qui demeurent relativement loin du libéralisme le plus pur. Quoi qu'il en soit, le chapitre 10 de l'ALENA rejoint à plusieurs égards le texte du nouveau Code du GATT qui entrera en vigueur en janvier 1996.

2.2 Une brève description de l'ALENA par points saillants

Comme on le sait, le Mexique n'étant pas signataire du *Code sur les marchés publics* de 1979, il n'était plus possible pour les parties de s'y référer dans l'ALENA. Dès lors, elles ont élaboré leurs propres règles dont la plupart s'inspirent soit du *Code sur les marchés publics* du GATT, soit du CMP qui

125. *Id.*, art. 1001 (5) ; sur ce point, la définition de l'ALENA rejoint celle du CMP de 1996 (voir : Notes générales du Canada).

126. *Id.*, annexe 1001.2a (8), (11) (dispositions transitoires pour le Mexique).

le remplacera en janvier 1996 et qui a été adopté à l'issue des négociations de l'Uruguay Round en décembre 1993¹²⁷.

Comme nous avons déjà décrit tant le contenu du CMP que les règles de l'ALE, nous nous contenterons ici de mettre en relief les points saillants de l'ALENA.

2.2.1 La valeur estimée

Au sein des règles concernant l'évaluation des marchés qui permettent de déterminer si un marché donné respecte ou non les seuils prévus dans l'Accord, les parties ont précisé que la valeur du marché en question sera estimée au moment de la publication d'un avis de projet de marché¹²⁸.

Il s'agit là de la codification de l'interprétation retenue par la Commission de révision des marchés publics à ce sujet et de la position du GATT¹²⁹.

2.2.2 La règle du traitement national

L'ALE avait repris la formulation de la règle du traitement national du CMP du GATT en l'élargissant (si l'on se fie au titre de l'article en question). L'ALENA, pour sa part, reprend la formulation de la règle de l'ALE et, ce faisant, revient à la règle du *Code sur les marchés publics*.

Le changement d'articulation de la règle aura-t-il pour effet de modifier la situation qui régnait du temps de l'ALE ? Nous croyons que cela serait assez surprenant dans la mesure où la réglementation américaine de mise en œuvre de l'ALENA confère aux produits canadiens et mexicains les mêmes privilèges en vertu du *Buy American Act*¹³⁰ qu'aux produits américains. Nous croyons donc que la nouvelle version du texte ne fera pas perdre quelque droit que ce soit aux fournisseurs canadiens¹³¹.

127. MINISTÈRE DES AFFAIRES INTERNATIONALES, *op. cit.*, note 105, p. 60 : « Dans l'Aléna, les trois pays ont élaboré un ensemble de dispositions de portée plus vaste régissant les marchés publics et ne font pas référence à l'actuel Accord du GATT dans ce domaine ; toutefois, les dispositions de l'entente trilatérale s'inspirent du projet de l'Acte final de l'Uruguay Round du 20 décembre 1991. »

128. ALENA, art. 1002 (2).

129. *In the Matter of: A Complaint by Cardinal Industrial Electronics Ltd. (Cardinal I)*, précité, note 85 (valeur estimée au moment de la publication de l'avis de projet d'achat) ; CMP de 1979, art. I, note 3 ; A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 237 ; CMP de 1996, art. II, note 3.

130. *Buy American Act*, précité, note 116.

131. Nous sommes donc en désaccord avec l'opinion d'A. REICH, *loc. cit.*, note 22, 213-214, à l'égard de son interprétation de l'article 1305 (1) de l'ALE ; voir de plus : F.A.R., *Implementation of North American Free Trade Agreement Implementation Act*, F.R., vol. 59, n° 3, 1^{er} mai 1994, pp. 544-549.

Pour le reste, la règle du traitement national interdit notamment la discrimination entre fournisseurs locaux du fait que l'un d'eux possède des liens avec une entreprise étrangère ou que son entreprise appartient à des intérêts étrangers¹³².

2.2.3 Le refus d'accorder des avantages

L'Accord prévoit par ailleurs deux possibilités de dérogation à la règle générale du traitement qu'il édicte.

La première se rapporte aux services et s'énonce comme suit :

1. Sous réserve de la notification préalable et des consultations prévues aux articles 1803 (Notification et information) et 2006 (Consultations), une Partie pourra refuser d'accorder à un fournisseur de services d'une autre Partie les avantages du présent chapitre, si elle établit que le service est fourni par une entreprise qui est possédée ou contrôlée par des personnes d'un pays tiers et qui n'exerce pas d'activités commerciales significatives sur le territoire de l'une quelconque des Parties¹³³.

Dans l'extrait cité plus haut, on peut critiquer l'emploi du terme « significative » dans la mesure où son interprétation peut se révéler relativement discrétionnaire.

La seconde dérogation à la règle du traitement national, pour sa part, n'a pas été restreinte au seul domaine des services et permet à une partie de refuser d'accorder à une entreprise les avantages du chapitre 10 à certaines conditions qui concernent notamment le degré de contrôle étranger.

Ainsi, en vertu du second alinéa de l'article 1005, une partie pourra refuser d'accorder à une entreprise d'une autre partie les avantages du chapitre 10 si des ressortissants d'un pays tiers possèdent ou contrôlent l'entreprise et si :

a) les conditions visées à l'alinéa 1113(1)a) (relatif au refus d'accorder des avantages à des entreprises dans le domaine de l'investissement) sont remplies (absence de relations diplomatiques avec le pays tiers ou existence de mesures à l'égard de pays tiers qui se verraient autrement contournées) ;

ou si

b) la Partie qui refuse d'accorder les avantages adopte ou maintient à l'égard du pays tiers, des mesures qui interdisent les opérations avec l'entreprise ou qui seraient enfreintes ou contournées si les avantages du présent chapitre étaient accordés à l'entreprise.

132. ALENA, art. 1003 (2) ; en fait, l'ALENA reprend en majeure partie la règle de l'article II du *Code sur les marchés publics* de 1979 ; CMP de 1996, art. III (2).

133. ALENA, art. 1005 (1).

Comme on peut le constater, la seconde possibilité de dérogation demeure d'une portée assez limitée.

2.2.4 Les règles d'origine

L'ALE prévoyait l'application de ses règles aux « produits admissibles ». Étaient considérés comme admissibles dans le cas des matières brutes celles qui étaient extraites ou produites sur le territoire d'une des parties. Dans le cas des produits transformés, dans la mesure où le pourcentage de matière non originaire des territoires des parties n'excédait pas 50 p. 100, ils satisfaisaient au test d'admissibilité¹³⁴.

L'ALENA ne possède pas de règle d'admissibilité similaire à celle de l'ALE. Il interdit tout simplement l'application de règles d'origine autres que celles qui sont normalement utilisées dans les opérations commerciales. Il permet de plus l'utilisation des règles de marquage établies en vertu de l'Accord lorsque celles-ci deviennent des règles d'origine qu'une partie applique dans le cours normal du commerce¹³⁵.

2.2.5 L'interdiction des compensations

L'ALENA fait preuve d'innovation en précisant l'interdiction des exigences de compensation. On entend par compensation les conditions imposées ou envisagées par une entité avant ou pendant la passation d'un marché, qui favorisent le développement local ou améliorent les comptes de balance des paiements de la partie dont elle relève, au moyen d'exigences relatives à la teneur locale, à l'octroi de licences en matière de technologie, à l'investissement, au commerce de compensation ou autres exigences semblables¹³⁶.

Ainsi, tant la qualification et la sélection des fournisseurs, des produits ou des services que l'évaluation des offres ou l'adjudication des marchés devront se faire libres de toute exigence relative à des opérations de compensation.

Les entités adjugeant des marchés devront par conséquent s'abstenir d'envisager, de rechercher ou d'imposer des compensations afin de se conformer à la lettre de l'Accord.

Il s'agit là d'un changement appréciable par rapport à la situation qui régnait en vertu de l'ALE où les opérations de compensation demeuraient permises dans la mesure de leur caractère raisonnable¹³⁷.

134. ALE, art. 1309 (définition de produits admissibles).

135. ALENA, art. 1004 (règles d'origine).

136. *Id.*, art. 1006 (interdiction des compensations).

137. CMP de 1979, art. V (15) (h) (opérations de compensation permises).

Il est à remarquer que, sur ce point, l'ALENA a pris la même direction que le nouveau *Code sur les marchés publics* qui entrera en vigueur en janvier 1996 et qui, lui aussi, interdit toute opération de compensation¹³⁸. Du reste, il faudra attendre quelques années pour évaluer comment les États vont procéder pour mettre de côté leurs vieilles habitudes, la plupart du temps teintées de protectionnisme.

2.2.6 Les spécifications techniques

En ce qui concerne les spécifications techniques, le chapitre 10 reprend sensiblement, à son article 1007, le texte de l'article IV du *Code sur les marchés publics* du GATT de 1979, lequel est lui-même repris intégralement à l'article VI du nouveau CMP.

Ainsi, chacune des parties doit faire en sorte que les spécifications techniques établies, adoptées ou appliquées par ses entités n'aient pas pour but ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce.

La Commission de révision des marchés publics a notamment eu à juger deux affaires qui mettaient en cause des appels d'offres où les spécifications techniques avaient été conçues dans l'intention de favoriser l'octroi du marché à un fournisseur en particulier. Le comportement des entités impliquées a été sévèrement critiqué par la Commission. Celle-ci a d'ailleurs profité de l'occasion pour définir le sens véritable de l'article IV du *Code sur les marchés publics* incorporé à l'ALENA et ainsi sensibiliser les entités adjudicatrices à cette réalité¹³⁹.

2.3 Les règles de passation des marchés et les dispositions générales du chapitre 10 de l'ALENA

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la règle du traitement national a été rédigée autrement dans le contexte de l'ALENA. Cette modification du texte ne semble pas avoir nui aux caractéristiques essentielles de la règle. Un certain recul quant à la rigueur du texte se fait cependant sentir sur le plan des règles de procédure que l'on retrouve codifiées au chapitre 10 de l'ALENA.

L'Accord maintient tout de même l'obligation qu'était venu imposer aux parties l'ALE, à son article 1305 a), d'ouvrir à tous les fournisseurs le

138. CMP de 1996, art. XVI.

139. Dans l'affaire intéressant des plaintes de: *Sweeprite Mfg. Inc.*, C.R.M.P., nos G92PRF66K-021-0005 et G92PRF66K-021-0006, 6 mai 1992, 93 ; Dans l'affaire intéressant une plainte de: *Waters Chromatography division de Millipore Canada Limitée*, C.R.M.P., n° E91PRF6601-0212-0022, 16 octobre 1991, 68.

même accès aux renseignements se rapportant à tel ou tel marché, au cours de la période « précédant » la publication de tout avis, ou à toute documentation relative à l'appel d'offres.

Comme le souligne la Commission de révision des marchés publics, une entité adjudicative ne doit pas chercher à faire sa propre enquête privée avant de procéder à un appel d'offres. Outre le fait qu'elle favorise les fournisseurs rejoints à l'avance, cette démarche entraîne en effet fréquemment l'ébauche d'un appel d'offres sur mesure, c'est-à-dire un appel d'offres dont la description des spécifications techniques colle parfaitement aux produits désirés¹⁴⁰.

Quant aux autres règles du chapitre 10, étant donné leur diversité, nous allons les aborder les unes après les autres en faisant ressortir les points qui, selon nous, s'avèrent les plus dignes d'intérêt.

2.3.1 La qualification des fournisseurs, la préinformation, les délais et la documentation relative à l'appel d'offres

Comme nous l'avons mentionné auparavant, le canevas du chapitre 10 de l'ALENA demeure le *Code sur les marchés publics* du GATT. Par conséquent, plusieurs dispositions du chapitre ne sont que la simple reproduction d'articles du CMP. Cela est vrai notamment en ce qui concerne les dispositions se rapportant à la qualification des fournisseurs¹⁴¹, à la documentation relative aux appels d'offres¹⁴² ainsi qu'aux délais de soumission et de livraison¹⁴³.

La toile de fond a par contre été modifiée en ce qui a trait à la préinformation, sans doute sous l'influence du nouveau CMP du GATT qui entrera en vigueur en janvier 1996. À ce niveau, on dénote d'abord un changement de vocabulaire. On ne parle plus d'« avis de projet de marché », expression qui avait été consacrée par le CMP de 1979¹⁴⁴, mais plutôt d'« invitation à participer » et d'« avis de projet d'achat »¹⁴⁵.

140. Dans l'affaire intéressant des plaintes de : *Sweeprite Mfg. Inc.*, précité, note 139, 93 ; Dans l'affaire intéressant une plainte de : *Waters Chromatography division de Millipore Canada Limitée*, précité, note 139, 68-69 ; M. GUIBAL, *loc. cit.*, note 41.

141. ALENA, art. 1009 ; CMP de 1979, art. V (2) ; CMP de 1996, art. VIII.

142. ALENA, art. 1013 ; CMP de 1979, art. V (13) ; CMP de 1996, art. XII.

143. ALENA, art. 1012 ; CMP de 1979, art. V (10).

144. CMP de 1979, art. V (4)

145. ALENA, art. 1010 ; CMP de 1996, art. IX, où il est question d'invitation à soumissionner pour des marchés envisagés (avis de projet de marché, avis de marché programmé, avis concernant un système de qualification).

L'invitation à participer, qui prend néanmoins la forme d'un avis de projet d'achat, demeure cependant, malgré sa nouvelle appellation, exactement de la même nature que l'avis de projet de marché du CMP de 1979¹⁴⁶.

Mentionnons ensuite que l'inclusion des entreprises publiques fédérales, et éventuellement des entités et des entreprises publiques des États et des provinces, a amené la création de deux autres types d'avis.

Le premier, un avis de projet d'achat au contenu allégé, permettra aux entreprises fédérales d'annoncer leur intention de conclure un marché sans avoir à fournir, du moins au départ, tous les détails nécessaires dans l'invitation à participer¹⁴⁷.

Il est de plus intéressant de noter que les fournisseurs seront appelés, en vertu de cet avis, à manifester leur intérêt pour le marché. Il s'agit en quelque sorte d'un appel de candidatures, à l'issue duquel l'entité adjudicative devra inviter tous les fournisseurs qui lui auront fait connaître leur intérêt à le confirmer en se basant sur les renseignements supplémentaires qu'elle devra, cette fois-ci, leur fournir. Ces renseignements correspondront au minimum à ceux qui figurent sur l'invitation à participer¹⁴⁸.

Quant au second type d'avis, il s'agit d'un avis relatif à un système de qualification. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicatifs visés devront fournir en temps opportun des renseignements permettant à tous ceux qui auront fait connaître leur intérêt pour le marché par l'entremise du système de qualification d'évaluer cet intérêt en toute connaissance de cause. Ces renseignements, qui comprendront normalement les renseignements figurant sur l'invitation à participer, devront être communiqués de façon non discriminatoire à tous les fournisseurs intéressés¹⁴⁹. Quant au contenu de l'avis relatif à un système de qualification, l'ALENA demeure silencieux sur cet aspect contrairement au CMP de 1996. Ce nouvel accord permet en effet lui aussi à certaines entités de recourir à un avis relatif à un système de qualification. Cependant, celui-ci en précise la teneur¹⁵⁰.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'inclusion des entreprises publiques, en tant qu'entités assujetties aux règles de concurrence, a suscité la création d'un régime distinct de préinformation. Caractérisé par une certaine forme de souplesse, ce régime a sans doute été conçu pour que les entreprises publiques soient en mesure de le respecter. Celles-ci ne sont en

146. ALENA, art. 1010 (1) et (2); CMP de 1979, art. V (5); CMP de 1996, art. IX.

147. ALENA, art. 1010 (3); CMP de 1996, art. IX (7) (avis de marché programmé).

148. ALENA, art. 1010 (4); CMP de 1996, art. IX (7).

149. ALENA, art. 1010 (5).

150. CMP de 1996, art. IX (9).

effet pas encore familiarisées avec les nouvelles règles de mise en concurrence que leur impose l'ALENA. Reste à voir maintenant l'utilisation qui en sera faite et les conséquences qui en découleront.

2.3.2 La présentation, la réception et l'ouverture des soumissions ainsi que l'adjudication du marché

Pour ce qui est de la présentation, de la réception et de l'ouverture des soumissions, rien de nouveau n'est vraiment à signaler. Les dispositions de l'ALENA ne sont que des reproductions des articles analogues du CMP¹⁵¹.

On doit néanmoins souligner que l'ALENA a supprimé la mention du texte du CMP qui spécifiait que la réception et l'ouverture des soumissions devaient être conformes à la règle du traitement national. De même, ne se retrouve plus l'obligation du CMP visant à ce que l'ouverture des soumissions soit faite en présence des soumissionnaires ou d'un témoin impartial, étranger à la procédure de passation. Au lieu de reprendre ces obligations, l'ALENA exige que les soumissions soient reçues et ouvertes conformément à des procédures et conditions garantissant la régularité des procédures¹⁵². Dans ce dernier cas, l'ALENA rejoint le texte du CMP de 1996¹⁵³.

Quant au reste, le texte correspond à celui du CMP. Par exemple l'obligation de conserver tous les renseignements concernant la réception et l'ouverture des soumissions demeure¹⁵⁴.

Le *statu quo* caractérise également les règles d'adjudication des marchés de l'ALENA¹⁵⁵. Mentionnons toutefois l'introduction d'une nouvelle disposition qui interdit que l'adjudication soit subordonnée à la précédente obtention par un fournisseur d'un ou de plusieurs marchés d'une entité de la partie adjudicative ou à la justification, par celui-ci, d'antécédents sur le territoire de cette partie¹⁵⁶.

2.3.3 La postinformation

C'est sans doute sur le plan de la postinformation que le recul par rapport au CMP se fait le plus sentir. Comme on le sait, la publication d'un

151. *Id.*, art. XIII; ALENA, art. 1015.

152. CMP de 1979, art. V (15) (a-d); ALENA, art. 1015 (1-3).

153. CMP de 1996, art. XIII (3).

154. *Ibid.*; CMP de 1979, art. V (15) (d); ALENA, art. 1015 (3).

155. ALENA, art. 1015 (4); CMP de 1979, art. V (15) (f et j).

156. ALENA, art. 1015 (5); pareille stipulation ne se retrouve pas à l'article XIII du CMP de 1996.

avis mentionnant les résultats de l'adjudication est nécessaire afin que, notamment, les violations des règles de l'Accord puissent être décelées.

Auparavant, les parties bénéficiaient d'un délai maximum de 60 jours suivant l'adjudication pour publier cet avis. Maintenant, ce délai a été porté à 72 jours¹⁵⁷. L'extension du délai s'explique peut-être par la participation à l'Accord du Mexique qui, du point de vue administratif, ne s'est pas encore familiarisé avec ce genre de contrainte. Les motivations doivent effectivement être d'ordre administratif, car le CMP de 1996 mentionne lui aussi un délai de 72 jours. Du reste, cette extension du délai de publication de l'avis d'adjudication risque de nuire à l'exercice par les fournisseurs lésés de leur droit de remettre en cause l'octroi d'un marché, les chances d'obtenir, à titre de réparation du préjudice subi, l'annulation du marché diminuant à mesure que le délai s'écoule.

Qui plus est, la publication d'un avis d'adjudication à la suite d'une procédure d'appel d'offres limitée (technique du marché de gré à gré) n'est maintenant plus requise en vertu de l'ALENA¹⁵⁸. Cela est fort déplorable car cette contrainte visait, d'une part, à informer les fournisseurs qu'un marché sans mise en concurrence avait été conclu et permettait, d'autre part, qu'un certain contrôle soit exercé sur l'usage de cette procédure. Aux termes du CMP, une entité devait en effet préciser dans son avis par quel mode de passation le marché avait été octroyé et, s'il s'agissait de la procédure négociée, exposer les motifs qui avaient justifié son utilisation. Il nous apparaît difficile d'expliquer ce recul, même si c'est sans doute la participation du Mexique à l'Accord qui fournit une réponse à cette interrogation. Nous croyons cependant que la nouveauté introduite par l'ALENA (voir 2.3.4), en vertu de laquelle une entité pourra négocier l'adjudication d'un marché même dans le cadre d'une procédure ouverte ou restreinte lorsque les fournisseurs en auront préalablement été informés, viendra diminuer l'usage de l'appel d'offres limité. Du moins, cela compensera d'une certaine façon le manque de transparence associé à la procédure limitée. Enfin, nous sommes d'avis que l'obligation pour l'entité qui conclut un marché de dresser un procès-verbal répondant aux exigences de l'article 1016 (3) de l'ALENA ne suffit pas à combler les lacunes observées. Ces rapports pourront bien entendu servir en preuve dans une procédure de contestation. Cependant, pour qu'une telle procédure en contestation soit intentée, encore faudra-t-il que l'octroi du marché considéré puisse lui-même être détecté par le soumissionnaire lésé.

157. ALENA, art. 1015 (7); CMP de 1979, art. VI (1); CMP de 1996, art. XVIII (1).

158. ALENA, art. 1015 (7) et 1016; CMP de 1979, art. VI (1).

La situation étonne également d'un autre point de vue, car, en ne requérant plus l'avis de postinformation lorsqu'un marché de gré à gré a été conclu, l'ALENA diffère du CMP de 1996¹⁵⁹. Celui-ci a en effet conservé cette obligation mais en l'allégeant. Ainsi, en vertu du CMP de 1996, les motifs justifiant le recours à la procédure d'exception n'ont plus à être explicités dans l'avis comme c'était le cas en vertu de l'ancien Code¹⁶⁰.

Ajoutons à ces remarques la disparition de l'obligation de communiquer par écrit aux soumissionnaires non retenus les résultats de l'adjudication. Désormais, ceux qui désireront être personnellement informés des résultats de l'appel d'offres devront en faire la demande au pouvoir adjudicatif, et cette information ne leur sera communiquée par écrit que s'ils l'exigent¹⁶¹.

Toutefois, comme c'était le cas auparavant, il est toujours possible pour un fournisseur non admis à soumissionner ou dont la soumission n'a pas été retenue d'obtenir, sur demande, les raisons de la décision ou les motifs du rejet¹⁶².

2.3.4 Les procédures de passation des marchés

L'ALENA reconnaît la procédure d'appel d'offres ouverte, la procédure d'appel d'offres sélective de même que la procédure d'appel d'offres limitée (marché de gré à gré ou marché négocié). Se retrouvent ainsi réunis les trois types de procédures de passation admises par le CMP¹⁶³.

Aucune des procédures n'a préséance sur les autres et les circonstances donnant accès à la procédure du marché de gré à gré sont demeurées les mêmes, bien que l'on en ait ajouté de nouvelles¹⁶⁴.

Dérogeant complètement aux obligations de préinformation, de procédure et de postinformation, la procédure d'appel d'offres limitée demeure celle où les risques de discrimination entre les fournisseurs sont les plus grands. Seule la consultation du procès-verbal de chaque marché indiquant les circonstances ayant justifié le recours à la procédure d'appel d'offres limitée permettra d'exercer un certain contrôle sur l'usage de cette procédure¹⁶⁵.

159. CMP de 1996, art. XVIII (1).

160. CMP de 1979, art. VI (1) (h).

161. ALENA, art. 1015 (6) (a); CMP de 1996, art. XVIII (3), au même effet; CMP de 1979, art. VI (4).

162. ALENA, art. 1011.4 et 1015.6 (b); CMP de 1979, art. VI (3); CMP de 1996, art. XVIII (2) (c).

163. ALENA, art. 1011, 1016 et 1025; CMP de 1996, art. VII (3).

164. ALENA, art. 1016 (e) *in fine* et (f-i).

165. *Id.*, art. 1016 (3); CMP de 1979, art. V (17).

Enfin, signalons une nouveauté fort intéressante de l'ALENA : la possibilité de négocier l'octroi d'un marché sans avoir eu recours préalablement à la procédure du marché de gré à gré¹⁶⁶. En cela, l'ALENA rejoint le nouveau *Code sur les marchés publics* du GATT qui entrera en vigueur en janvier 1996¹⁶⁷.

Précisons d'abord que la négociation de l'adjudication était déjà permise en vertu du CMP lorsqu'aucune offre ne se révélait la plus avantageuse¹⁶⁸. Cette avenue a d'ailleurs été maintenue dans l'ALENA.

Par ailleurs, le fait pour un pouvoir adjudicatif d'être en mesure maintenant de mener des négociations lorsqu'il aura préalablement dévoilé ses intentions aux fournisseurs dans l'avis de préinformation constitue un ajout des plus prometteurs.

Pour encadrer l'usage de ces techniques de négociation, l'ALENA a introduit des règles qui définissent sur quoi doit porter la négociation. Ces règles énoncent notamment les comportements que les parties doivent observer afin d'éviter que de la discrimination soit faite entre les soumissionnaires.

En ayant dorénavant la possibilité d'exprimer à l'avance leur intention de négocier l'octroi du marché, les entités qui concluent des marchés disposent, en quelque sorte, d'un nouveau mode de passation de marché. Il s'agit en fait d'une technique de passation dérivée de celle du marché de gré à gré mais qui appelle une mise en concurrence préalable.

Cet ajout viendra peut-être freiner l'usage de la procédure d'appel d'offres limitée qui échappe à la majeure partie des règles de l'Accord, alors que la procédure négociée avec mise en concurrence, elle, lui reste soumise.

2.3.5 La contestation des offres

Comme c'était le cas en vertu de l'ALE, chacune des parties à l'Accord doit maintenir des procédures de contestation des offres qui permettent aux fournisseurs de présenter des contestations des offres portant sur tout aspect du processus de passation des marchés. À cet égard, les parties sont appelées à créer ou à maintenir des organismes d'examen chargés de recevoir les contestations relatives aux offres, de les étudier et de faire des recommandations. Au Canada, c'était la Commission de révision des marchés publics, créée sous l'empire de l'ALE, qui jouait ce rôle (voir 1.5.1)¹⁶⁹.

166. ALENA, art. 1014.

167. CMP de 1996, art. XIV.

168. CMP de 1979, art. V (15) (g); ALENA, art. 1014 (1) (b).

169. ALENA, art. 1017; ALE, art. 1305 (3), annexe 1305.3; CMP de 1979, art. VI (6).

Dorénavant, c'est la Division de l'examen des marchés publics du Tribunal canadien du commerce extérieur qui sera chargée d'entendre les plaintes des fournisseurs potentiels. Elle continuera, dès lors, le mandat de la Commission de révision des marchés publics¹⁷⁰.

Du reste, sur le point de la contestation des offres, l'ALENA ne se distingue de l'ALE que du fait qu'il a conféré aux parties le pouvoir de limiter le délai octroyé à un fournisseur pour engager une contestation. Cependant, ce délai ne pourra en aucun cas être inférieur à dix jours ouvrables à compter de la date à laquelle le motif de la plainte aura été connu ou aurait raisonnablement dû être connu du fournisseur¹⁷¹.

Enfin, l'ALENA a conservé l'obligation imposée aux parties par l'ALE de maintenir des dossiers complets sur tous les marchés en y ajoutant une période de conservation minimale de trois ans à compter de la date d'adjudication¹⁷².

2.3.6 Des dispositions d'ordre général

Sensiblement identiques à celles du CMP, les dispositions d'ordre général du chapitre 10 encadrent notamment : l'exercice par une partie de son droit de passer outre aux règles du chapitre, l'échange d'information ainsi que la publication des statistiques se rapportant aux marchés publics¹⁷³.

Faisons néanmoins ressortir l'ajout d'une disposition relative à la coopération technique entre les parties. On a voulu par cette addition favoriser l'accès à l'information, tant pour le fournisseur que pour le personnel du gouvernement, de façon, notamment, à maximiser les possibilités de participation des fournisseurs aux marchés offerts et leur compréhension des mécanismes de contestation¹⁷⁴.

Il est aussi important de souligner que, en vertu du paragraphe 4 de l'article 1022, la réorganisation des entités publiques acheteuses ou la décentralisation d'activités gouvernementales d'un État membre n'imposera pas le dédommagement des autres signataires. Pourtant, ces derniers verront

170. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, précitée, note 1, art. 44. Cet article introduit les articles 30.1 à 30.19 dans la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, précitée, note 94.

171. ALENA, art. 1017 (1) (f) ; *Règlement de la Commission de révision des marchés publics*, précité, note 78, art. 23 (1) (le délai pour déposer une plainte devant la CRMP avait déjà été fixé à dix jours avant l'entrée en vigueur de l'ALENA).

172. ALENA, art. 1017 (1) (p) ; ALE, art. 1305 (4).

173. ALENA, art. 1018 (exceptions), art. 1019 (information), art. 1019 (7) (statistiques).

174. *Id.*, art. 1020.

ainsi diminuer le nombre ou l'importance des entités assujetties. Cette disposition prendra, selon nous, tout son sens dans les cas où des opérations de privatisation seront réalisées par l'État. Cet article devrait, de plus, être lu en rapport avec l'article 1023, au même effet, mais qui, quant à lui, vise les cas de perte de contrôle de l'État sur une entité visée par l'Accord, notamment à la suite d'une émission publique d'actions. Spécifions toutefois qu'outre les cas visés précisément à l'alinéa 4 de l'article 1022 une partie ne pourra modifier le champ d'application du chapitre 10 sans se conformer aux exigences de cet article. Une procédure de compensation a notamment été prévue dans cet article advenant certains cas de modification au champ d'application.

Outre cela, est digne de mention la création du Comité des petites entreprises qui permettra à ces dernières de voir accroître leurs chances d'accéder aux marchés publics. Les marchés réservés aux petites entreprises échappent en effet encore aux règles du chapitre 10. Par conséquent, le Comité sera, entre autres choses, chargé d'augmenter le potentiel concurrentiel de ces entreprises protégées¹⁷⁵.

Enfin, des négociations ultérieures en vue de libéraliser davantage les systèmes de passation des marchés publics sont prévues, au plus tard le 31 décembre 1998¹⁷⁶. Ces négociations devraient se tenir bien avant cette date puisque la conclusion récente du nouvel Accord du GATT marquant l'aboutissement de l'Uruguay Round devrait ramener les parties à la table des négociations. L'assujettissement des entités et des entreprises publiques des États et des provinces aux règles du chapitre 10 constituera un des principaux enjeux de ces négociations. Il est fort probable que les entités provinciales qui deviendront assujetties au chapitre 10 de l'ALENA seront les mêmes que celles qui figureront sur les listes canadiennes édictées en vertu du nouveau Code. En terminant, ajoutons que les parties devront également revoir à la hausse les obligations et le champ d'application du chapitre 10 afin de les faire passer à un niveau au moins égal à celui du CMP de 1996¹⁷⁷ qui, comme nous l'avons souligné, se distingue de l'ALENA sous certains aspects.

En définitive, on peut avancer que la nouvelle dynamique qui anime les textes internationaux de libéralisation des marchés publics frappera indéniablement avec plus de vigueur les gouvernements provinciaux que le

175. *Id.*, art. 1021 (exemple : création d'une base de données), annexe 1001.2b (Notes générales, liste du Canada (1) (d), liste des États-Unis (1)); CMP de 1979, annexe 1 ; ALE, annexe 1304.3.

176. ALENA, art. 1024 (1).

177. *Id.*, art. 1024 (4).

gouvernement fédéral qui bénéficie de son expérience passée. Le gouvernement du Québec devra donc réviser à nouveau ses pratiques d'achat pour les rendre conformes à la nouvelle dimension internationale qui viendra compléter la toute récente dimension nationale de ses textes.

Conclusion

Le Canada, les États-Unis ainsi que le Mexique, dorénavant partenaires économiques, devront, afin de concrétiser les objectifs de l'Accord qui les unit, faire preuve, au-delà de leurs déclarations politiques respectives, d'une volonté réelle d'ouverture de leur économie à la concurrence. Autrement, même en présence des textes les mieux articulés, la libéralisation des échanges commerciaux préconisée ne se réalisera pas. Cela signifie donc que chacun des signataires devra adapter ses règles de droit interne à celles qui sont prévues dans le traité et modifier plusieurs de ses pratiques administratives. Quoi qu'il en soit, c'est surtout la vision qu'ont les politiciens des marchés publics qui devra s'adapter aux nouvelles réalités de l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Dans cet ordre d'idée, les signataires devront s'assurer que la nouvelle dynamique du marché à trois sera comprise et, si possible, acceptée par leurs diverses autorités contractantes et leurs entreprises nationales. À ce niveau, la responsabilité de bien informer l'ensemble des intervenants susceptibles d'être touchés par les règles de mise en concurrence relève de chacun des États membres.

Au Canada, l'ouverture à la concurrence des marchés publics s'est réalisée à un rythme plus accéléré depuis la signature de l'ALE (bien que cette entente ne fasse que reconduire le texte même du CMP). La conclusion de l'ALENA et la signature du CMP de 1996 indiquent de plus que cet élan se maintiendra. Les provinces canadiennes commencent d'ailleurs elles aussi à être sensibilisées à la question d'ouverture à la concurrence des marchés publics. La signature de l'*Accord intergouvernemental relatif aux marchés du secteur public* a notamment marqué le début de l'ouverture interprovinciale¹⁷⁸. De même, la récente signature par le Québec d'ententes de libéralisation des marchés publics avec l'Ontario et le Nouveau-Brunswick prouve que la question intéresse également les dirigeants provinciaux¹⁷⁹. Devant cette rapide évolution, on peut toutefois se demander si la

178. *Entente Québec-Ontario sur les achats gouvernementaux et la mobilité de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, précitée, note 6 ; voir également : *Accord sur le commerce intérieur*, précité, note 6, partie IV, chapitre 5 (marchés publics).

179. *Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et de l'Ontario*, précité, note 6 ; *Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et du Nouveau-Brunswick*, précité, note 6.

libéralisation interne des marchés aurait évolué différemment si le gouvernement fédéral n'avait pas été aussi engagé sur la scène internationale. La nouvelle attitude des provinces quant à la libéralisation des marchés est en effet relativement récente et concorde dans le temps avec l'extension des obligations canadiennes au niveau international. À cet égard, il ne faut pas oublier que le gouvernement fédéral s'est engagé aux termes de l'ALENA à tenter d'obtenir, sur une base volontaire et réciproque, la soumission aux règles de l'Accord des marchés adjugés par les entités et les entreprises publiques des provinces¹⁸⁰. Dans cette perspective, l'inclusion des marchés conclus par les compagnies provinciales d'hydroélectricité devra être sérieusement envisagée car les États-Unis ont fait de cet élément une condition de certains de leurs engagements ; l'assujettissement de leurs entreprises publiques en dépend notamment. Cet objectif ne se réalisera pas nécessairement du jour au lendemain, du moins sans bouleverser les traditions ; Hydro-Québec utilise en effet une politique d'achat préférentielle en faveur des produits québécois depuis le milieu des années 60¹⁸¹.

Enfin, il faut constater que l'élargissement du champ d'application du chapitre traitant des marchés publics réalisé par l'ALENA a entraîné un assouplissement de certaines des règles que l'on retrouvait dans le CMP. Comme nous l'avons souligné, ce recul est parfois critiquable, notamment en ce qui concerne la disparition de l'obligation de publier un avis d'adjudication à la suite d'une procédure d'appel d'offres limitée. Cependant, ce recul s'explique probablement en partie par la participation de nouvelles entités, telles les entreprises publiques, et aussi du fait que le Mexique fasse maintenant partie des signataires. Outre cela, il convient de critiquer la présence de nombreux annexes et appendices qui, chaque fois, viennent nuancer les engagements formels énoncés au chapitre 10. De plus, il ne faut pas oublier de mentionner que les marchés de services liés au transport ainsi qu'au traitement de l'information et aux services connexes de télécommunication demeurent exclus du champ d'application du chapitre 10¹⁸². Il en va de même pour les marchés réservés aux petites entreprises ainsi qu'aux entreprises minoritaires, pour lesquelles cependant les parties ont pris l'initiative de créer un comité qui veillera à exploiter leur potentiel¹⁸³. L'ajout d'une possibilité pour les entités de négocier l'adjudication d'un marché,

180. ALENA, art. 1024 (2) et (4).

181. HYDRO-QUÉBEC, *Politique et directives d'acquisition de biens meubles et de services*, Québec, Direction approvisionnement, 1988 ; P. FAUCHER et J. BERGERON, *Hydro-Québec : la société de l'heure de pointe*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1986, pp. 175-201.

182. ALENA, annexes 1001.1b-2 et 1001.2b.

183. *Id.*, annexe 1001.2b et art. 1021.

même dans le cadre de procédures ouvertes et restreintes lorsque les fournisseurs en auront préalablement été informés, mérite d'être rappelé, puisqu'il limitera peut-être l'utilisation de la procédure d'appel d'offres limitée. L'interdiction par l'ALENA des opérations de compensation ne peut non plus être passée sous silence puisqu'il s'agit d'une innovation importante.

Il faut malgré tout demeurer réaliste sur la portée de l'ALENA. Outre le fait que ce ne sont pas toutes les entités et entreprises publiques du gouvernement fédéral qui sont touchées par les règles du chapitre 10, parmi les types de marchés assujettis, seuls ceux qui respectent les seuils d'application prévus dans l'Accord le sont réellement. Somme toute, des 16 milliards de dollars de marchés qui sont annuellement octroyés au Canada, il n'y a qu'une partie des 8 milliards de dollars de marchés octroyés annuellement par le fédéral qui tombera sous le couvert de l'Accord¹⁸⁴.

Du reste, l'ouverture des marchés publics du Mexique à la concurrence demeure, pour l'instant, très limitée. Pour s'en rendre compte, il faut prendre connaissance des dispositions transitoires adoptées en ce sens¹⁸⁵. On ne peut émettre de critique à cet égard puisque le Mexique, avant la signature de l'ALENA, n'était même pas signataire du *Code sur les marchés publics*.

On peut néanmoins prédire une influence certaine du chapitre 10 de l'ALENA sur les pratiques d'achat fédérales et provinciales. De plus, tout semble indiquer que la question de l'ouverture des marchés publics à la concurrence fait désormais partie des préoccupations de nos gouvernements. Alors les habitudes protectionnistes qui, avec le temps, avaient pris racine devront progressivement être révisées ou carrément abandonnées.

Il reste dès lors à espérer que l'ALENA inspirera aux politiciens des changements de stratégies politiques en matière d'achats publics. Cependant,

[l]a fascination pour le protectionnisme ne provient pas de considérations économiques visant l'intérêt national, mais plutôt de considérations par rapport à des intérêts particuliers. Il est possible de transformer des politiques commerciales perdantes du point de vue économique en motifs de gloire sur le plan politique... Ce n'est pas que les restrictions commerciales ne peuvent jamais être profitables à un pays en principe ; seulement, cela se produit rarement dans la pratique¹⁸⁶.

184. COMMISSION DE RÉVISION DES MARCHÉS PUBLICS, *op. cit.*, note 5, p. 8.

185. ALENA, annexe 1001.2a.

186. Citation de A. BLINDER, économiste de Princeton, extraite de AFFAIRES EXTÉRIEURES ET COMMERCE EXTÉRIEUR CANADA, *op. cit.*, note 97, p. 64.